THÈSE DE
CAEN.
1886
N°. 4.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

PIGNUS IN CAUSA JUDICATI CAPTUM

DROIT FRANÇAIS

DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

par

HENRI LOCARD

Avocat à la Cour d'appel

CAEN
IMPRIMERIE E. ADELINE, RUE FROIDE, 16

1886

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

PIGNUS IN CAUSA JUDICATI CAPTUM

DROIT FRANÇAIS

DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue publiquement

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ

LE JEUDI 10 JUIN 1886, A 3 HEURES DU SOIR

par

HENRI LOCARD

Avocat à la Cour d'appel

CAEN

IMPRIMERIE E. ADELINE, RUE FROIDE, 16

—

1886

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542701_0023

A LA MÉMOIRE

DE

MON PÈRE ET DE MA MÈRE

A ma Tante

A MON FRÈRE

JURY D'EXAMEN

MM.

LAISNÉ-DESHAYES, Professeur, Président.
VAUGEOIS, id.
JOUEN, id.
DUGUIT, Agrégé.

DROIT ROMAIN

PIGNUS IN CAUSA JUDICATI CAPTUM

Sous le système formulaire, le mode normal d'exécution des jugements sur les biens, c'est-à-dire la *venditio bonorum*, offrait de nombreux inconvénients.

En premier lieu elle frappait le débiteur ou sa mémoire d'infamie, alors que cette flétrissure pouvait ne pas être méritée. En outre elle aboutissait à une sorte d'expropriation de toute sa fortune lorsque la vente de quelques-uns seulement de ses biens aurait souvent suffi à désintéresser ceux en faveur desquels la sentence avait été rendue.

De plus la vente en bloc des biens les empêchait presque toujours d'atteindre leur prix véritable et diminuait ainsi la valeur du gage commun des créanciers et du dividende qu'ils pouvaient espérer en retirer. Les formalités de la *venditio bonorum* étaient fort longues et fort compliquées ; elle exigeait une

certaine entente entre les créanciers pour la nomination du *magister bonorum*, et l'intervention plusieurs fois répétée du magistrat. Cette intervention qui, par elle-même, était déjà de nature à créer des obstacles sérieux et à prolonger les opérations de la *venditio bonorum*, offrait dans les provinces un inconvénient particulier. Elle ne pouvait, en effet, avoir lieu qu'à l'époque des *conventus*, c'est-à-dire pendant les assises que les gouverneurs tenaient successivement dans les localités les plus importantes de la province pour régler les affaires touchant à leur juridiction contentieuse ou gracieuse. L'exercice du droit des créanciers était forcément ajourné jusqu'à l'époque de ces assises. En outre ces *conventus* cessèrent d'exister lorsque la procédure formulaire fut remplacée par le système des *cognitiones extraordinariæ* et c'est par cette circonstance que l'on explique généralement, d'après Théophile (1), la disparition de la *venditio bonorum*. C'est là, je crois, une explication en grande partie inexacte car les provinces sont au contraire devenues plus petites et les distances à parcourir pour se rendre auprès du magistrat ont plutôt diminué qu'augmenté. Il est plus probable qu'il faut imputer surtout aux vices qui lui étaient inhérents la disparition de cette institution.

La *bonorum distractio* introduite d'abord d'une manière exceptionnelle en faveur des *claræ personæ*, puis dans certains cas (2) où les créanciers pouvaient

(1) Commentaire de Théophile sur les Institutes, III, 12.
(2) L. 5 et 9, XXVII, 10, de *curatoribus furioso*.

choisir entre ce procédé et celui de la *venditio bonorum*, et qui devint ensuite le mode normal d'exécution sur les biens lorsque la *venditio bonorum* eut disparu, avait déjà réalisé un progrès considérable. En premier lieu elle évitait au débiteur l'infamie et les conséquences qui y étaient attachées ; elle lui permettait probablement d'agir *ex ante gesto* lorsque le prix de la vente avait suffi à désintéresser les créanciers ; elle écartait l'intervention répétée du magistrat et la nomination du *magister*. Enfin la vente des biens, non plus en bloc mais en détail par les soins d'un *curator*, était singulièrement facilitée ; les acheteurs étaient plus nombreux et le prix devait se rapprocher plus sensiblement de la valeur réelle des biens aliénés.

Mais comme pour la *venditio bonorum*, l'exécution portait sur tout l'ensemble du patrimoine du débiteur et si les biens étaient vendus séparément et en détail, le débiteur n'en était pas moins dépossédé de toute sa fortune. Quant à l'excédant du prix de la vente sur le chiffre des créances il ne revenait au débiteur qu'après des délais assez longs et des formalités nombreuses, lorsqu'on était certain qu'il ne restait plus de créanciers à désintéresser.

Aussi, il était désirable qu'on établit un mode d'exécution permettant de maintenir une certaine proportion entre l'expropriation des biens du débiteur et le montant des obligations résultant pour lui d'une sentence rendue. Lorsqu'en effet le débiteur n'est pas insolvable et refuse simplement le paiement qu'il

est en mesure de faire, il suffit de donner au créancier un moyen assuré d'obtenir ce paiement sans qu'il soit nécessaire d'enlever au débiteur tous ses biens. Ce résultat fut atteint par l'institution du *pignus in causâ judicati captum* que l'on peut assimiler à une saisie portant sur des objets particuliers. Le *pignus in causâ judicati captum* introduit d'abord dans des hypothèses assez rares, prit peu à peu une extension considérable et finit par former le mode normal d'exécution des sentences quand l'inexécution tenait plutôt à la mauvaise volonté qu'à l'insolvabilité du débiteur. La *bonorum venditio* et la *bonorum distractio* conservèrent surtout leur utilité et leur application lorsque le débiteur était insolvable.

C'est le *pignus in causa judicati captum* qui fera l'objet de cette étude. Le *pignus* en lui-même constitue une saisie, une main-mise sur certains biens du débiteur. Mais pour que le créancier soit désintéressé, il faut que les biens ainsi saisis soient vendus si le débiteur ne se décide pas à payer ; la saisie ne sera donc que le préliminaire d'une vente dans la plupart des cas.

Il faut donc envisager cette procédure à deux points de vue, celui de la saisie en elle-même, celui de la vente des biens sur lesquels a porté cette espèce de constitution de gage.

Je diviserai par suite mon sujet en deux chapitres :

Chapitre I. — De la saisie des biens.

Chapitre II. — De la réalisation des biens saisis.

CHAPITRE 1er

De la saisie des Biens

Ce chapitre comprend l'étude du *pignus ex causâ judicati captum* en lui-même. Je la répartirai dans trois sections :

1° Origine et nature du *pignus*.

2° Formalités de la saisie et sur quels biens elle porte.

3° Effets de la saisie.

SECTION I

ORIGINE ET NATURE DU *Pignus*

Le *pignus ex causâ judicati captum* est une saisie exercée contre un débiteur qui refuse de payer bien qu'il soit solvable « *si qui tamen per contumaciam « magis quam quia non possint explicare pecuniam; « differunt solutionem; pignoribus captis compel- « lendi.....* » *(L. 31 D. XLII, 1, de re judicatâ.)* Elle s'applique soit dans le cas où une sentence portant condamnation a été rendue contre le débiteur, soit dans le cas où il y a simplement *confessio in jure* : « *eorum qui debita confessi sunt, pignora capi et « distrahi possunt.* » *(Pauli Sent, V. 5 a, § 4.)*

Cette saisie a sa base dans une prise de gage où l'autorité du magistrat et de la loi se substitue à la volonté des parties, c'est là un point que j'aurai à

développer en traitant des formalités auxquelles elle donne lieu.

Le premier document certain que nous ayons sur le *pignus ex causâ judicati captum* est un rescrit d'Antonin-le-Pieux adressé au proconsul Cassius et rapporté au Digeste. (*L. 31, de re judicatâ XLII, 1.*)

Aussi on rattache quelquefois directement à ce rescrit la création du *pignus in causâ judicati captum* (1) — On peut invoquer dans ce sens la loi (*15 de re judicatâ*) où Ulpien en exposant les règles du *pignus* les fait dériver du rescrit d'Antonin. Cependant je crois plus exact de dire que l'empereur n'a fait que généraliser et codifier en quelque sorte les règles anciennes d'une institution dont il faut chercher l'origine dans la jurisprudence prétorienne (2). D'abord nous savons que dans le très vieux droit romain, sous le système des actions de la loi, certains créanciers dont les créances avaient paru particulièrement intéressantes pouvaient dans les cas déterminés soit par la loi, soit par la coutume, s'emparer au moyen de la procédure de la *pignoris capio*, d'un gage destiné à assurer le recouvrement de leur créance (*Gaius IV*, § 26 à 30). La *pignoris capio* présentait de nombreuses différences avec le *pignus in causâ judicati captum*. Mais au fond dans les cas exceptionnels où elle s'appliquait, son but était

(1) Shilling. — Du droit de gage et d'hypothèque, traduction de M. Pellat, § 8 (211).

(2) Tambour. — Des voies d'exécution sur les biens. Tome I. page 376.

identique, elle était destinée à forcer un débiteur récalcitrant à désintéresser son créancier.

Aussi il est assez vraisemblable que le préteur, lorsque la *pignoris capio* disparut en même temps que le système des actions de la loi, ait dû conserver tout au moins l'idée première qui l'avait inspirée pour l'appliquer dans des hypothèses probablement exceptionnelles et sur lesquelles, il est vrai, les renseignements nous font défaut. Nous savons d'ailleurs que la *pignoris capio* ne fut pas complètement abrogée par la loi *Æbutia (Cicéron. — 2ª in Verrem. — III-11)* et l'on peut supposer qu'elle survécut au moins dans le cas d'un *damnum infectum* aux deux lois *Juliæ (Gaius. — IV, § 31. — Appendix de Giraud d'après la lecture de Studemund)*. Il paraît difficile de nier que le préteur a dû la transformer peu à peu pour en faire une voie d'exécution des sentences sur des biens particuliers du debiteur puisqu'il avait incontestablement le droit de faire saisir et vendre des gages destinés à assurer l'exécution de ses ordres *(l. 1 § 3, de inspiciendo ventre, XXV, 4)*. En effet la *bonorum venditio* a une origine assez ancienne, suivant qu'on la fait dater de 586 ou 648 (1), elle remonte à la fin du sixième siècle ou à la deuxième moitié du septième

(1) Il y a eu en effet en 586 un préteur appelé Publius Rutilius Calvus et en 648 un consul du nom de Publius Rutilius Rufus. Or la *bonorum venditio* a été créée par un certain Rutilius *(Tite-Live, XLV, 44. — Cicéron : De oratore, I, 53. — Gaius, IV, 35)*. Si on la place en 586, il y a un rapprochement intéressant à faire. C'est à cette date à peu près que disparut le *manûs injectio* ; elle aurait donc été créée pour la remplacer.

siècle. Or Antonin a régné de 138 à 161, c'est-à-dire plus de 300 ans plus tard ; on ne concevrait guère que pendant ce long intervalle de temps on n'eût jamais eu l'idée d'exécuter les sentences sur des objets particuliers appartenant au débiteur, alors que cette notion de l'exécution est en réalité la plus simple et celle qui doit se présenter le plus naturellement à l'esprit.

Enfin la nature de la décision d'Antonin rapportée dans la loi 31 (*de re judicatâ, XLII*-1) paraît bien conduire à la même solution. Cet acte ne forme pas en effet une constitution impériale à proprement parler, comme le dit Schilling. Ce n'est ni un édit, c'est-à-dire une disposition générale, une véritable loi, ni un décret, c'est-à-dire une sentence rendue par l'empereur dans un cas particulier et obligatoire pour les hypothèses analogues. C'est un rescrit, une disposition spéciale, une réponse adressée à une consultation qui avait été demandée par un gouverneur de province, le proconsul Cassius « *ex formâ* « *quam Cassio proconsuli D. Pius in hæc verba præs-* « *cripsit.* » D'autres rescrits vinrent encore réglementer cette procédure (*l. 15 pr-et § 1, de re judicatâ. L. 1. C, VIII, 23, si in causâ judicati.*) Il semble résulter de cette observation qu'il n'y eut pas de disposition générale sur le *pignus* et que le rescrit d'Antonin et les autres rescrits qui intervinrent sur le même sujet ne firent que consacrer une institution déjà connue et mise en vigueur par la jurisprudence prétorienne. Cependant il ne faut pas aller jusqu'à

dire comme le fait Doneau (1) que le *pignus ex causâ judicati captum* n'est qu'une variété du *pignus prætorium*. J'aurai l'occasion de signaler les différences qui séparent ces deux institutions. La remarque de Doneau n'est vraie que si l'on donne au mot *pignus prætorium* un sens très large et si on l'emploie pour désigner d'une façon générale le cas où il y a une constitution de gage due à l'autorité du magistrat; ce n'est pas là, nous le verrons, sa signification technique.

SECTION II

FORMALITÉS DE LA SAISIE. — SUR QUELS BIENS ELLE PORTE

§ I

FORMALITÉS DE LA SAISIE

La saisie intervient à la suite d'un jugement dont elle est destinée à amener l'exécution par le débiteur condamné. Aussi elle ne peut avoir lieu qu'une fois la sentence rendue et dans aucun cas elle ne saurait lui être antérieure. Cette solution évidente est consacrée par une constitution de Sévère et d'Antonin (*l. 1. C, VII, 53, de executione*). Il faut de plus laisser écouler le délai de deux mois que le préteur donne au condamné pour se procurer de l'argent afin de désintéresser le créancier (*l. 3 § 1. C, VII, 54, de usuris*

(1) Doneau : sur la loi *15 § 2, de re judicatâ*.

rei judicatœ.) Le magistrat pouvait d'ailleurs augmenter ce délai, mais non le diminuer (*l. 2 — l. 4 § 5 — l. 31. D, de re judicatâ.*

Tous les magistrats ne pouvaient ordonner la saisie ; seuls les gouverneurs de province et les magistrats du peuple romain avaient ce pouvoir (*l. 15, pr. de re judicatâ*). Il fallait s'adresser à un magistrat investi de la *jurisdictio* ; aussi ce n'étaient pas le *judex* ou l'*arbiter* nommés par le magistrat, mais le magistrat lui-même qui connaissaient de l'exécution des jugements.

Toutefois, il est certain que cette règle a perdu son utilité lorsque la distinction de la procédure *in jure* et de la procédure *in judicio* a disparu en même temps que le système formulaire. Il semble aussi, bien qu'il n'y ait pas de texte formel sur ce point, qu'il fallait faire une exception lorsqu'il s'agissait d'un juge nommé par le prince. Doneau (1) établit que ce juge ayant lui-même le pouvoir de nommer un juge avait la *jurisdictio* (*l. 3 in fine. D, II, 1, de jurisdictione.*) Comme il connaissait de l'exécution des sentences rendues par ce juge, à *fortiori* devait-il connaître de l'exécution de ses propres jugements sans qu'il fût besoin d'en référer au prince.

En règle générale, c'est donc au magistrat qui a rendu la sentence ou qui a nommé le juge chargé de la rendre, qu'il appartient de la faire exécuter. Mais une sentence rendue à Rome peut cependant être

(1) Doneau, sur la *l. 15 pr. de re judicatâ.*

mise à exécution dans les provinces par les *prœsides* lorsqu'ils en ont reçu l'ordre. Il en est sans doute ainsi quand le débiteur n'a pas de biens ou n'a que des biens insuffisants dans le territoire du magistrat duquel émane la sentence.

La prise de gage est effectuée, non par le créancier qui pourrait être poursuivi par l'action *furti* ou *vi bonorum raptorum* s'il la pratiquait lui-même (*l. 6 § 2, de re judicatâ*), mais par les agents du magistrat, c'est-à-dire les *viatores, officiales, executores, apparitores*. Ces agents ne doivent agir que sur l'ordre du magistrat et dans les limites du mandat qui leur est conféré. S'ils les dépassent, s'ils n'ont pas soin de se revêtir de leurs insignes, on peut leur résister impunément (1).

Quant à la nature de cet ordre, il est assez difficile de la déterminer. On peut supposer cependant qu'un certain pouvoir d'appréciation était laissé au créancier ou au *viator* pourvu qu'ils suivissent dans la saisie des diverses espèces de biens l'ordre indiqué par la loi et sur lequel j'aurai à revenir. En effet dans un cas particulier (*l. 15 § 12, de re judicatâ*) où il s'agit de deniers appartenant à un pupille, la saisie de ces deniers peut avoir lieu sans la permission du préteur « *citrà permissum prœtoris* » ; il est donc probable qu'il en était de même en règle générale et

(1) On peut argumenter dans ce sens d'une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien relative au cas particulier où il s'agit du fisc et qui forme la *loi 5. C, de jure fisci, X. 1.*

que le magistrat n'avait pas à désigner nominativement les biens qui devaient être saisis.

La saisie devait se faire au moyen d'une main-mise, d'une prise de possession effective lorsqu'il s'agissait d'un objet corporel. Quant aux créances dont la saisie a du reste donné lieu à quelques difficultés, on peut supposer que s'il en existait un titre on le saisissait et la main-mise sur le titre équivalait à une prise de possession de la créance (*l. 1. C, de donationibus, VIII, 54*). En outre on faisait une notification au débiteur de la créance afin qu'il ne payât pas entre les mains de son créancier. S'il n'y avait pas d'*instrumentum* cette notification devait suffire. Il semble, en effet, qu'on peut étendre ici les règles observées lorsqu'on donnait une créance en gage conventionnel. *(L. 4. C, quæ res pignori, VIII, 17.)*

§ II

QUELS BIENS PEUVENT ÊTRE SAISIS

En général et sauf quelques exceptions tous les biens du débiteur condamné peuvent être saisis. A ce point de vue les biens sont divisés en trois classes : 1° Les Biens meubles ; 2° les Biens immeubles ; 3° les Créances. On ne pouvait passer d'une classe à la suivante que s'il y avait dans cette classe insuffisance de biens pour désintéresser le créancier. *(L. 15 § 2.)*

I. — Des Biens meubles

Le § 2 de la loi 15 s'exprime ainsi : « *Primo qui-*

« *dem res mobiles animales pignori capi jubent.* » A s'en tenir aux termes mêmes de ce texte il semblerait qu'il fallût faire une distinction dans cette première catégorie de biens et qu'on dût d'abord saisir les biens mobiliers qui sont animés, c'est-à-dire les esclaves et les animaux ; puis ensuite et en cas d'insuffisance les meubles inanimés.

Telle est l'opinion de Doneau (1), qui interprète strictement le texte et donne pour motif de cette disposition que les biens meubles animés sont plus dispendieux à conserver à cause de la nourriture qu'il est nécessaire de leur donner ; aussi, faut-il commencer par se défaire d'eux, dans l'intérêt du débiteur et du créancier à la fois.

Cependant, je ne pense pas que ce motif soit suffisant, je crois qu'il faut mettre sur la même ligne tous les biens meubles et lire le texte comme s'il y avait « *mobiles et animales.* » Si cette distinction de Doneau était exacte, elle serait indiquée d'une façon bien incomplète ; dans ce § 2, le jurisconsulte Ulpien n'aurait fait allusion qu'à une seule classe de meubles, c'est-à-dire aux meubles animés. Or, il est certain que dans cette phrase Ulpien a voulu énumérer l'ordre dans lequel les biens doivent être saisis et indiquer la nature des biens susceptibles de saisie ; il a dû, par conséquent, y comprendre à la fois les meubles inanimés et les meubles vivants.— D'ailleurs, on ne voit pas pourquoi on aurait mis en

(1) Doneau sur le § 2 de la loi 15.

première ligne les « *res animales* », car l'ordre des saisies a été établi surtout dans l'intérêt du débiteur auquel le plus souvent il importe de conserver ces *res animales* pour cultiver et faire valoir ses propriétés immobilières. — Cela est si vrai que Doneau nous révèle (1) que certains auteurs interprétaient notre texte dans ce sens que les meubles animés devaient être saisis après tous les autres meubles. — Cette théorie ne me paraît reposer sur aucun argument sérieux, mais nous verrons que son principe a servi de base à une constitution qui déclare certains biens insaisissables. — Cette considération démontre en même temps l'inexactitude du motif par lequel Doneau prétend justifier son opinion et qui consiste à dire que les *animalia* doivent être saisis et vendus en premier lieu, parce que leur conservation est plus dispendieuse.

Dans la loi (*1 § 20 de ventre in possessionem XXXVII, 9*), il est dit que la femme envoyée en possession *ventris nomine* doit, pour payer les dépenses qu'elle a le droit de faire, se servir d'abord de l'argent comptant et à défaut vendre les objets du patrimoine qui sont plutôt une source de charges que de revenus. Si le motif donné par Doneau était exact, ne devrait-il pas s'appliquer aussi dans cette hypothèse ? Il est plus probable qu'ici il faut suivre la règle posée par cette loi (*1 § 20 de ventre*) et choisir d'abord parmi les meubles suivant les circonstances ceux dont l'aliéna-

(1) Doneau, eod. loc. note 12.

tion sera moins nuisible aux intérêts du débiteur tout en sauvegardant les intérêts du créancier. Enfin, et c'est là une présomption très grave, le texte des Basiliques correspondant au § 2 sépare les deux mots qui sont réunis dans le texte latin « τὰ κινήτα καὶ τὰ ἔμψυχα πιπράσκονται » (1). Il en est de même dans certaines éditions du Digeste ; celle de Mommsen par exemple a fait la correction « *mobiles et animales* ».

Les meubles seront donc saisis concurremment.

De plus tous les biens mobiliers peuvent être saisis. Ainsi l'argent comptant, même l'argent déposé chez un *argentarius* ou quelque autre personne (*l. 15 § 11 et 12*). — Il en est encore de même pour l'argent qui appartient à un pupille et qui devait servir à l'acquisition d'immeubles. La saisie peut en avoir lieu sans la permission spéciale du magistrat ; Ulpien a cru nécessaire de le dire (*l. 15 § 12*), parce que les immeubles d'un pupille ne pouvant être vendus qu'en vertu d'un ordre du magistrat (*l. 3 § 1, de rebus eorum. XXVII-9*), on aurait pu se demander peut-être s'il ne fallait pas assimiler cette hypothèse à celle de la saisie d'un immeuble en considération de l'emploi auquel était destiné cet argent.

On peut saisir aussi les récompenses données aux athlètes (*l. 40, de re judicatâ*), car il est permis d'en faire l'objet d'un gage conditionnel, pourvu qu'elles ne soient pas hypothéquées d'avance (*l. 5. C, quæ res pignori, VIII-17*). On voulait en effet entretenir

(1) Basiliques. IX, 3, édition Heinbach.

l'émulation entre les athlètes et on craignait que ceux qui avaient engagé d'avance leurs « *commoda præmiorum* » éventuels ne fissent pas de grands efforts pour remporter un prix dont ils savaient ne pas devoir profiter.

Enfin la solde des militaires est aussi susceptible de saisie, mais une constitution de Sévère et d'Antonin (*l. 4. C, de executione rei judicatæ, VII-53*) décide qu'on ne doit exécuter le jugement sur elle qu'à défaut de tous autres biens. — Donc lorsque le débiteur est un soldat on doit saisir les immeubles et les créances mêmes avant d'arriver aux *stipendia*.

II. — Des biens immeubles

A défaut de meubles on saisit les immeubles (*l. 15 § 2*) pour lesquels aucune distinction n'a certainement été faite par Ulpien. On peut saisir les immeubles des mineurs sans permission du magistrat ; en effet le *decretum* nécessaire pour aliéner leurs immeubles consiste ici dans l'ordre donné par le magistrat à ses agents. Cet ordre portait expressément que les *apparitores* ne devaient saisir les immeubles que si les meubles étaient insuffisants « *sic denique interloqui* « *solent, si moventia non sint, ut soli quoque capian-* « *tur* ». (*l. 15 § 2*). Et Doneau (1) fait remarquer très justement que cette disposition n'est pas contraire au principe d'après lequel les sentences ne doivent contenir aucune condition. En effet cet ordre du magistrat ne constitue pas une sentence dans le sens exact

(1) Doneau, *sur la l. 15 § 2.*

du mot; et même en admettant qu'il en fût autrement, la condition ainsi exprimée ne vicierait pas la sentence, car elle est inhérente à l'acte lui-même et elle y est toujours tacitement insérée, de sorte que si son expression formelle n'est pas nécessaire, elle ne saurait vicier l'acte lorsqu'elle s'y rencontre (*l.* 6. § 1. *de tutelis.* XXVI, 1.— *l.* 99. *de condi. et demons.* XXXV, 1).

III. — Des créances

Lorsqu'il n'y a ni meubles, ni immeubles ou que ces éléments ne suffisent pas, on passe aux créances. *(L* 15 § 2*).*

Le droit de saisir les créances nous est attesté par plusieurs textes en dehors de la loi 15. — Une constitution de Gordien en parle comme d'une règle certaine (*l.* 5. *C. de executione rei judicatœ.* VII. 53)*:* « *etiam nomen debitoris in causâ judicati capi posse,* « *non ignotum est.* » La même solution est contenue dans les lois (2 *et* 4 *quando fiscus. C.* IV, 15.) La loi 4 décide que le fisc peut saisir les créances de ses débiteurs, et ce principe, d'après Dioclétien et Maximien « *certissimi juris est* ».

En résumé, l'ordre prescrit pour la saisie est donc le suivant: 1° les meubles; 2° les immeubles; 3° les créances.

Cet ordre a été établi à la fois dans l'intérêt du débiteur et dans celui du créancier. — En effet, les choses qu'on doit saisir d'abord sont celles dont la vente sera moins préjudiciable au débiteur, ce sont

des choses mobilières qu'il pourra remplacer aisément si elles lui sont indispensables.— De même ces choses mobilières se vendront mieux au profit du créancier, parce qu'elles sont d'un usage journalier et qu'elles trouvent plus facilement acquéreur. — Il en résulte que le magistrat ne pourrait modifier l'ordre établi, soit sur la demande du créancier, soit sur celle du débiteur. — Mais il en serait autrement si les deux parties étaient d'accord (*l.* 5. *de legibus.* I, 3.) ou si la modification de cet ordre ne devait entraîner aucun préjudice pour le débiteur qui la refuserait sans motif plausible. Doneau (1) cite l'hypothèse où un débiteur du saisi se déclare prêt à verser le montant de sa dette entre les mains du créancier. On peut supposer qu'alors le saisi doit être contraint de laisser opérer le versement même s'il posséde des objets mobiliers. Il est en effet de son intérêt de voir saisir avant tout l'argent comptant, et cette créance convertie ainsi immédiatement en argent comptant ne peut plus, en réalité, être considérée comme une véritable créance qu'il faudrait placer au troisième rang dans l'ordre des objets susceptibles de saisie. — Du reste, le débiteur est en pareil cas de mauvaise foi et « *malitiis non est indulgendum.* » (*L.* 38, *de rei vindicatione.* VI, 1.)

§ III

BIENS INSAISISSABLES

A l'origine et pendant longtemps on put saisir tous

(1) Doneau, *sur la loi 15 § 2, n° 13.*

les biens. Mais une constitution de Constantin (*l.* 7. *C.* — *quæ res pignori. VIII-17*), défend de saisir les esclaves laboureurs, les bœufs et les instruments qui servent à cultiver la terre. Cette prohibition est introduite dans l'intérêt de l'agriculture et surtout afin que le recouvrement des droits du fisc ne soit pas entravé par l'abandon où se trouveraient les terres faute d'instruments pour les cultiver ; c'est même ce dernier motif qui est exprimé seul dans le texte « *ex quo tributorum illatio retardatur* ». La violation de cette règle entraîne pour le magistrat, le créancier ou l'agent une peine soumise à l'appréciation du juge compétent « *æstimando supplicio a judice subjugetur.* »

Plus tard, une autre constitution de Théodose et Honorius (*l.* 8. *C. quæ res pignori.* VIII, 17), vient augmenter la portée de cette règle en l'étendant d'une façon générale à tous les objets qui servent à la culture « *pignorum gratiâ aliquid, quod ad culturam « agri pertinet, auferri non convenit* ».

§ IV

INCIDENTS DE LA SAISIE

Il arrivait parfois que la saisie donnait lieu à des difficultés ; des tiers pouvaient revendiquer des droits sur les objets dont les exécuteurs s'emparaient, ou bien le débiteur prétendait que les objets saisis ne lui appartenaient pas. Afin de ne pas entraver la saisie et de rendre la procédure aussi rapide que possible, Ulpien rapporte que l'on devra laisser de côté les objets

sur lesquels une difficulté s'élève et saisir ceux qui ne soulèvent aucune controverse s'ils suffisent à désintéresser le créancier quand bien même ils feraient partie de la classe suivante (*l.* 15 § 4), « *sed illud de-* « *bet dici, ubi controversia est de pignore, id dimitti* « *deberi, et capi aliud, si quod est sine controver-* « *siâ* ». Mais s'il y a *controversia* sur tous les objets du patrimoine ou si ceux qui appartiennent incontestablement au débiteur sont insuffisants, il faudra que les difficultés soient vidées afin que l'on puisse payer le créancier. Les solutions varient suivant que la *controversia* a trait à un objet corporel sur lequel un tiers prétend avoir un droit de propriété ou d'hypothèque, ou à une créance.

I. — Un tiers prétend avoir un droit de propriété sur un objet corporel (l. 15 § 4.)

Comme il est de principe qu'un droit de gage ne peut exister que sur ce qui appartient au débiteur, (*l.* 6. C. VIII, 16. *si aliena res*), il faut commencer par régler la question de propriété des objets qu'on veut saisir. Ulpien indique les règles à suivre en pareil cas, mais le texte du jurisconsulte laisse place à quelques doutes sur deux points.

La question est jugée « *summatim* », c'est-à-dire sommairement, sans qu'il soit besoin d'observer les formalités d'une procédure ordinaire et le juge doit se borner à l'examiner au seul point de vue auquel elle se pose. S'il reconnaît que les biens appartiennent à celui qui a été condamné, il ordonne de pour-

suivre l'exécution sur eux : « *et si cognoverint ejus* « *fuisse, qui condemnatus est, rem judicatam exse-* « *quentur* ». Mais qui sera chargé de statuer sur ce litige ? Ulpien attribue ce rôle à ceux qui « *rem judi-* « *catam exsequuntur* ». Interprétant ce texte à la lettre Godefroy et Pothier ont décidé que ce seront les *viatores*, c'est-à-dire les agents du magistrat qui devront juger *summatim* la question de propriété relativement à la saisie. Ce sont eux en effet qui exécutent la sentence et d'ailleurs leur décision n'a, nous le verrons, qu'un effet purement relatif. C'était là un cas urgent et la loi (82. *de judiciis.* V, 1), nous apprend qu'en pareille circonstance les magistrats conféraient quelquefois à leurs agents le pouvoir de juger certaines contestations.

Je ne crois pas cependant que cette interprétation puisse être admise. Il faut rapprocher ces mots « *qui rem judicatam exsequuntur* » des expressions analogues employées par Ulpien dans la même loi. Lorsqu'il parle de ceux qui exécutent la sentence, il désigne ainsi les magistrats par l'ordre desquels elle s'exécute et non pas les *viatores* qui ne sont que des agents subalternes investis d'un mandat dans les limites duquel ils doivent rigoureusement se renfermer. Pour s'en convaincre il suffit de rapprocher les termes dont se sert le jurisconsulte dans les différents paragraphes. Ainsi (*l.* 15 *pr.*) « *magistratibus populi romani ut judicum... exsequantur...* » de même (§ 1) « *sententiam... posse prœsides si hoc jussi fuerint, ad finem persequi...* » de même encore (§ 2 *in fine*) « *ex-*

sequuntur itaque rem judicatam prœsides isto modo ». Dans tous ces textes il s'agit incontestablement des magistrats. En outre si la loi (82. V, 1) nous révèle que les magistrats confiaient quelquefois des fonctions judiciaires à leurs *viatores*, elle ajoute qu'ils ne le faisaient que très rarement et en cas d'urgence « *non-* « *nunquam solent magistratus populi romani viatorem* « *nominatim vice arbitri dare, quod raro et nonnisi* « *re urgente faciendum est* ». Cette loi est précisément d'Ulpien comme la loi (15. *de re judicatâ*) ; elle se réfère à une exception qu'on ne doit pas étendre et qu'Ulpien aurait exprimée en termes formels si elle avait dû s'appliquer dans notre matière. Il faut donc conclure qu'en règle générale le magistrat sur l'ordre duquel l'exécution était poursuivie, était seul compétent pour statuer sur les incidents. Toutefois il n'est pas contestable qu'il eût pu à raison de l'urgence et si par exemple il était très éloigné du lieu de l'exécution, déléguer ses pouvoirs aux *officiales* dans les termes de la loi (82. V, 1).

L'incident est jugé *summatim* afin que l'exécution ne soit pas longtemps différée ; mais précisément à cause de la rapidité et de la simplification de la procédure il était nécessaire de limiter ici strictement les effets de la sentence intervenue sur la question de propriété soulevée à l'occasion de la saisie. Tel est le principe que consacre le texte d'Ulpien (§ 4) « *sed* « *sciendum est, summatim eos cognoscere debere, nec* « *sententiam eorum posse debitori prœjudicare, si* « *forte hi dimittendam eam rem putaverint, quasi*

« *ejus sit, qui controversiam movit, non ejus, cujus* « *nomine capta est; nec eum cui restituta est, statim* « *habere per sententiam debere, si forte jure ordina-* « *rio cæperit ab eo res peti; sic evenit ut omnibus in-* « *tegris tantum capioni res judicata proficiat* ». La sentence ne doit pas préjudicier au débiteur, c'est-à-dire que si le magistrat pense que l'objet ne lui appartient pas, il le soustraira à la saisie sans pour cela porter atteinte aux droits que le débiteur pourrait faire valoir sur la chose dans les formes ordinaires. Mais les expressions quelque peu contradictoires dont se sert Ulpien rendent assez délicate la détermination précise de cet effet du jugement.

Si le juge a écarté l'objet de la saisie parce qu'il pense que la prétention du revendiquant est au moins vraisemblable, il semblerait néanmoins que l'objet dût rester en la possession du débiteur puisque, d'après Ulpien, la sentence n'a trait qu'à la saisie « *tantum capioni res judicata proficiat* », et ne peut préjudicier au débiteur: « *omnibus integris.* » Mais précisément, Ulpien dit formellement que si le jugement ne consacre pas d'une façon définitive le droit de propriété du revendiquant, il lui attribue la possession de la chose que l'on doit lui restituer « *cui restituta est* » et il ajoute que cependant le débiteur pourra la réclamer dans les formes ordinaires: « *si forte ab eo cœperit jure ordinario res peti.* » — Je traduis donc ces mots « *ab eo* » par » *réclamée à lui, au revendiquant* » et non par « *réclamée*

par lui, par le revendiquant » ; avec ce second sens en effet la phrase serait incorrecte.

On a prétendu (1) qu'il fallait décider que la possession restait au débiteur, sous peine de violer le principe d'après lequel la sentence rendue sur l'incident ne doit lui préjudicier en rien, n'a trait qu'à la saisie et laisse les choses entières.

Pour effacer ainsi en réalité les mots « *cui restituta est* » et traduire l'expression « *ab eo cœperit peti* » par « *si la chose est réclamée par le revendiquant* », on invoque le texte des Basiliques où les mots « *cui restituta est* » ne se trouvent pas reproduits.— Il me semble au contraire que le texte des Basiliques confirme l'interprétation que j'ai donnée (2). Sans doute les Basiliques ne parlent pas expressément d'une restitution faite au revendiquant, mais le texte suppose cette restitution; il dit en effet que le revendiquant qui a triomphé sur l'incident et qui paraît avoir raison « ὁ δοξας νικᾶν » n'aura pas immédiatement et définitivement la chose si le débiteur agit ensuite contre lui dans la forme ordinaire. C'est là le développement de cette idée que la sentence ne porte pas atteinte aux droits du débiteur quant au fond; mais pour que le débiteur agisse contre son adversaire, il faut qu'il ait perdu la possession, sans quoi il n'aurait qu'à attendre la demande en revendication du tiers. La sentence aura donc pour effet de changer la situation des parties et d'attribuer au dé-

(1) Tambour, page 386, loc. cit.
(2) Basiliques IX. 3, édition Heinbach, sur la loi 15 de re judicatâ.

biteur le rôle de demandeur sur l'action en revendication. — Les choses n'en sont pas moins entières ; les droits des deux parties restent intacts et la sentence qui confère la possession à l'auteur de la *controversia* ne préjuge en rien le résultat final du procès en revendication ; seulement le fardeau de la preuve sera déplacé, et ce n'est que justice, puisque la réclamation du tiers a paru assez vraisemblable au magistrat pour lui imposer le devoir de soustraire l'objet litigieux à la main-mise des *viatores*. On peut considérer cette disposition comme un vestige de l'ancienne règle, d'après laquelle le magistrat dans la procédure du *sacramentum* appliquée aux actions réelles distribuait comme il l'entendait les *vindiciæ*, c'est-à-dire la possession, entre les deux parties.

Si l'on suppose que le tiers a succombé dans cette procédure sommaire, la sentence qui rejette sa prétention ne doit non plus rien préjuger contre lui et il pourra intenter une action en revendication *jure ordinario*. Tel est du moins, je crois, le sens de ces mots « *ut omnibus integris tantum capioni res proficiat.* » C'est aussi l'avis de Cujas (1) qui explique ainsi ces expressions : « *id est integro jure debitoris, creditoris et ejus qui controversiam facit.* »

Deux autres opinions ont été soutenues. M. Tambour (2) prétend que le tiers ne pourra plus agir que contre le débiteur et si la chose est saisie et vendue,

(1) Cujas, *sur la loi 15 de re judicatâ.*
(2) Tambour, page 387.

il aura perdu toute action contre l'acheteur. En effet, dit-il, s'il en était autrement, la chose se vendrait fort mal, et du reste c'est seulement à l'égard du débiteur que le (§ 4 *de la loi 15*) dispose qu'il n'y aura pas chose jugée : « *nec sententiam eorum posse debitori prœjudicare.* » Mais on ne voit pas pour quelle raison on ferait ainsi une différence entre le débiteur et le tiers ; il n'y pas de motif de décider que la sentence préjudiciera à l'un plutôt qu'à l'autre, puisqu'à l'égard de tous les deux les formes de procéder ont été également sommaires et également dépourvues des garanties ordinaires. Si le texte dans ce membre de phrase : « *nec sententiam eorum posse debitori prœjudicare* » n'a pas ajouté : « *vel ei qui controversiam movit* » c'est qu'il y prévoit le cas où la prétention du tiers a paru assez vraisemblable pour que l'objet fût écarté de la saisie et dans cette hypothèse il était évident qu'une sentence rendue en sa faveur ne pouvait rien faire préjuger contre le tiers. Au contraire, à la fin du paragraphe, alors que le jurisconsulte résume les effets de la sentence vis-à-vis du débiteur et du tiers à la fois, il emploie les mots « *omnibus integris* » qui s'appliquent également à tous les deux.

Une autre opinion adopte le même principe que nous, mais elle lui attribue des conséquences plus étendues. Doneau (1) et la Glose lisent : « *tantum capioni* » comme s'il y avait : « *usucapioni* ». Doneau en conclut que si la sentence qui soustrait l'ob-

(1) Doneau, sur *la loi 15 § 4.*

jet à la saisie ne peut suffire pour donner au tiers la propriété, elle constitue au moins un juste titre qui lui permet d'usucaper l'objet dont la possession lui a été attribuée. La Glose explique pour les besoins de la discussion l'expression : « *omnibus integris* » par ces mots : « *id est integrè venientibus quæ sunt necessaria ad usucapionem* » c'est-à-dire que la sentence permettra d'arriver à l'usucapion si toutes les autres conditions nécessaires sont réunies.

Cujas repousse cette interprétation. Le mot « *capioni* » doit être maintenu, car il se trouve incontestablement dans le manuscrit de la Florentine et il est reproduit par les Basiliques.

En outre ce jugement ne peut servir de juste titre puisque les sentences n'ont qu'un effet déclaratif et non un effet translatif (*l.* 8 § 4. VIII, 5. *si servitus vindicetur*). Doneau objecte la loi (11. *de acquirendâ vel omittendâ possessione.* XLI, 2) « *juste possidet, qui auctore prætore possidet* » ; mais il est évident que l'acte du magistrat auquel ce texte fait allusion est un acte d'autorité et non un jugement proprement dit. Tel est par exemple le cas du *bonorum emptor ou du bonorum possessor.* (*Gaius.* III, 80).

Le commentaire que j'ai donné de ce § 4 me semble donc le plus simple et le plus net. En décidant que la sentence ne préjuge rien en ce qui concerne la propriété, n'a trait qu'à la saisie qui est seule en question et ne fait que changer la possession, j'applique les principes généraux du droit romain et je n'apporte aucune modification au texte de la Florentine dont

les termes ne sont pas contestables et sont reproduits à peu près littéralement par les Basiliques.

II. — Un tiers prétend avoir un droit d'hypothèque sur l'objet saisi

Cette hypothèse est prévue par le § 5 et dans ce cas Ulpien donne une solution différente de celle que je viens de développer. Dans l'espèce précédente, la saisie et la vente d'un objet appartenant à un tiers ne pouvaient avoir lieu, car même en attribuant au tiers le prix de la vente, on l'eût rendu sans motif victime d'une véritable expropriation. Là au contraire le seul but du tiers qui réclame, est de sauvegarder son droit de créance garanti par l'hypothèque constituée à son profit. Dès que le paiement de la créance est assuré, il n'y a pas de raison d'empêcher la saisie de l'objet sur lequel il est titulaire d'un droit d'hypothèque. Aussi Ulpien décide que la saisie aura lieu alors même que le droit du tiers serait manifestement établi. Seulement celui qui achètera la chose devra s'engager à payer d'abord le prix au tiers jusqu'à concurrence de sa créance et à verser le surplus au créancier saisissant. C'est là, Ulpien le fait remarquer lui-même, une exception importante au principe que le créancier qui est le premier en rang peut, en cas de concours de plusieurs créanciers hypothécaires, faire vendre l'objet quand il le juge convenable sans qu'on ait le droit de l'y forcer (*l.* 6. *pr. de pignera actione.* XIII, 7).

III. — Une créance est saisie et le débiteur de cette créance conteste son obligation et prétend qu'il ne doit rien au débiteur saisi.

La solution est encore différente de celles que nous avons expliquées dans les deux premières hypothèses. Ulpien (§ 9) lui-même reconnaît que l'on pourrait être tenté d'assimiler ce cas à celui où il s'agit de la propriété d'un objet corporel, mais il ajoute que le rescrit est formulé en sens contraire. Si donc la créance est contestée, on devra l'écarter de la saisie sans qu'il soit possible de faire juger la difficulté sommairement en limitant les effets de la sentence. Quel est le motif de cette disposition que le jurisconsulte proclame très équitable « *æquissimum erit discedi a nomine* » ?

Doneau en donne une raison assez sérieuse. — Lorsqu'un tiers revendique un objet corporel, la sentence qui à la suite de la procédure sommaire repousse sa demande ne lui cause aucun préjudice. En effet, il conserve le droit de faire valoir sa prétention dans la forme ordinaire et de plus, comme l'objet n'était pas en sa possession, il n'a pas à le restituer; il est dans la même situation qu'auparavant. — Au contraire, lorsqu'il s'agit d'une créance il en est autrement, et le principe que la sentence ne doit causer aucun préjudice et laisser les choses entières ne pourrait s'appliquer. Le tiers condamné n'exécuterait probablement pas la sentence de bonne grâce et il faudrait avoir recours à des voies d'exécution qui entraîneraient des retards dans la saisie et qui grefferaient une nouvelle procé-

dure sur la première. — De plus, le tiers serait obligé de payer la dette si celle-ci n'était pas affectée d'un terme ou d'une condition, il devrait se dessaisir d'une certaine somme d'argent qu'il lui faudrait souvent se procurer à des conditions très onéreuses.

La sentence lui causerait donc un préjudice certain, et un préjudice irréparable parfois ; si son prétendu créancier devenait par la suite insolvable il ne pourrait obtenir le remboursement de ce qu'il aurait été forcé indûment de payer.

On aurait pu décider, il est vrai, que la créance serait vendue telle quelle ; mais les créances même certaines se vendent moins bien que les objets corporels, et une créance contestée aurait trouvé difficilement des acquéreurs ou du moins à un prix absolument dérisoire.

Tant que le tiers n'aura pas été condamné dans les formes ordinaires, la créance ne pourra faire l'objet d'une saisie. — Le *pignus* ne portera sur elle que lorsque le débiteur aura fait triompher son action contre le tiers, et s'il ne la fait pas valoir, les créanciers n'auront le droit de l'exercer qu'après avoir obtenu l'envoi en possession, qui constitue un mode d'exécution très différent du *pignus in causâ judicati captum.*

Lorsqu'une partie seulement de la créance est contestée, les *apparitores* pourront saisir la partie qui ne donne lieu à aucun litige (§ 9), « *ut id duntaxat* « *capiatur, quod confitetur.* »

SECTION III

EFFETS DE LA SAISIE

L'effet de la saisie est indiqué par le nom même de cette institution. Elle constitue au profit du créancier saisissant un droit de gage, un *pignus* sur l'objet saisi.— Toutefois les droits qu'elle confère au créancier sont quelque peu différents de ceux qui résultent pour lui d'un gage conventionnel ou d'un *pignus prætorium.*

Ce droit de gage provient directement pour le créancier de la saisie et ne naît qu'à partir de la mise en possession effective de l'objet saisi. — C'est là un principe applicable à toute constitution de gage (*l. 26* § 1 *de pignera. actio.* XIII, 7).

Mais ici la possession n'est pas attribuée au créancier lui-même, il l'exerce par l'intermédiaire des *executores* que l'on peut considérer comme des séquestres. Le magistrat intervient pour ordonner la saisie de l'objet ; nous verrons que c'est encore sur son ordre qu'on procède à la vente et les règles de toute cette procédure excluent la possession directe de l'objet par le créancier.— Sous ce rapport, le *pignus ex causâ judicati captum* diffère donc du *pignus prætorium* et du *pignus* conventionnel.

Il diffère encore à un autre point de vue du *pignus prætorium.* Il confère au créancier saisissant un droit de préférence grâce à l'application de la règle « *prior tempore, potior jure* » (*l. 2. C. qui potiores.* VIII, 18).

Il en résulte que l'on doit appliquer ici toutes les solutions qui sont la conséquence de cette règle et dans le détail desquelles je n'ai pas à entrer. Ainsi notamment le créancier saisissant pourra seul faire vendre la chose et il touchera le prix par préférence. Mais aussi il sera primé par ceux qui auraient sur la chose un droit réel antérieur au sien. Nous trouvons une application de ce principe dans la loi (10. *qui potiores in pignore.* XX, 4). Ce texte suppose qu'un *pignus ex causâ judicati captum* a été constitué en conséquence d'un jugement rendu et il décide qu'à raison de la règle « *prior tempore...* » le créancier saisissant sera primé par l'héritier de celui qui aurait sur la chose une hypothèque née antérieurement. Le créancier a donc un droit de préférence dont la date se fixe au jour de la prise de possession résultant de la saisie.

Si l'on suppose deux créanciers ayant obtenu chacun une sentence contre un débiteur commun, celui qui aura fait saisir le premier sera payé sur le prix de vente avant l'autre alors même que son jugement serait intervenu postérieurement (*l.* 61. *de re judicatâ.* XLII, 1) (1).

(1) Il est facile de concilier ce texte avec deux autres qui au premier abord paraissent en antinomie. La loi *(19. de re judicatâ. XLII, 1)* nous dit en effet qu'entre deux créanciers d'un même débiteur dont les créances ont une cause analogue « *occupantis melior conditio est* » ; et la loi *(10. de peculio. XV, 1)* définit le premier occupant ; celui qui obtient le premier une condamnation « *occupare autem videtur, non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam judicis pervenit* ». D'après cette loi, celui qui obtient le premier une condamnation a donc sur les autres un certain avantage. Ce texte n'est cependant pas en contradiction avec la loi *(61.*

Au contraire le *pignus prætorium* laisse sur la même ligne tous les créanciers auxquels il est attribué par l'effet de la *missio in possessionem* qui demandée par un seul profite à tous les autres, car celui qui a agi le premier est réputé avoir agi dans l'intérêt commmun « *cum prætor permiserit, non tam* « *personæ solius petentis, quàm creditoribus et in rem* « *permissum videri* » (*l.* 12. XLII, 5. *de rebus auctoritate judicis — l.* 5 § 2. XXXVI, 4. *ut in posses. legatorum*). Leur situation respective n'est donc pas modifiée et ils n'ont un droit de préférence qu'à l'égard des créanciers postérieurs à la *missio in possessionem.*

Ces différences dans les effets du *pignus in causâ judicati captum* et du *pignus prætorium* proviennent de la diversité de leur origine et de leur nature.

Le *pignus in causâ judicati captum* constitue, nous

XLII, 1), qui dispose qu'entre deux créanciers l'antériorité du jugement obtenu par l'un ne lui assure pas un droit de préférence. Les deux textes se rapportent à des hypothèses distinctes. La loi *(10. XV, 1)* se réfère à une espèce particulière. Elle vise le cas où deux créanciers ayant agi de *peculio*, celui qui a intenté l'action le premier n'arrive au jugement que le second, et elle décide que le créancier ayant obtenu le premier la condamnation ne verra pas déduire du pécule, dans le calcul de l'actif sur lequel il pourra exercer son droit, la créance de celui en faveur duquel un jugement n'a pas encore été prononcé. Voilà en quoi « *melior est conditio occupantis* ». Il est certain que le droit de préférence dont il s'agit ici n'a rien de commun avec celui qui résulte du *pignus ex causâ judicati captum.* Il en est de même dans la loi *(19 pr. de re judicatâ)* dont Paul du reste prend soin de rapprocher la solution de celle qui est relative au cas de l'action de *peculio* prévu par la loi *(10. XV, 1)*: « *sicuti fit in de peculio actione* »,

l'avons vu, une saisie effectuée par un créancier sur certains biens du débiteur afin d'arriver à l'exécution du jugement qu'il a obtenu. Il suppose que le refus de payer du débiteur n'a pas pour cause son insolvabilité. Au contraire la *missio in possessionem* et le *pignus prætorium* qui en résulte trouvent généralement leur application lorsqu'il s'agit de procurer l'exécution des jugements au cas d'insolvabilité du débiteur. Ils organisent une liquidation complète de la fortune du débiteur analogue dans une certaine mesure à notre faillite, et dont le dernier terme est la *venditio bonorum* ou *la distractio bonorum* suivant les hypothèses et suivant l'époque à laquelle on se place. Aussi je ne crois pas qu'il soit possible d'admettre avec Doneau (1) que le *pignus in causâ judicati captum* n'est qu'une variété du *pignus prætorium*. Il est vrai que la loi (2. *C. de prætorio pignore.* VIII, 22), paraît faire cette assimilation en disant que le gage peut dériver d'une convention ou de l'autorité du magistrat et que dans ce dernier cas il porte le nom de *pignus prætorium*. Ce texte se borne à faire une distinction très générale entre deux sortes de gages suivant le fait juridique qui leur a donné naissance. A ce point de vue il est certain que le *pignus ex causâ judicati captum* a comme le *pignus prætorium* sa base dans l'autorité du magistrat. Mais c'est là pour ainsi dire leur seul point de ressemblance et en ce qui concerne leurs effets et leur nature elle-même, ces deux insti-

(1) Doneau, sur la loi *(15, de re judicatâ § 2).*

tutions ne doivent pas être confondues (1). Les textes dans les solutions qu'ils donnent ont bien soin de faire la distinction et jamais ils ne qualifient de *pignus prætorium* le *pignus in causâ judicati captum* (2).

Pour accentuer cette différence, quelques interprètes ont donné au *pignus in causâ judicati* le nom de *pignus judiciale*. C'est là une expression inexacte. On n'en trouve aucune trace dans les textes et de plus, bien qu'elle ait été inventée dans le but d'éviter une confusion, elle serait de nature à en amener une autre. Le mot « *judiciale* » pourrait faire supposer que le *pignus* a son fondement dans l'autorité du juge alors qu'il ne peut dériver que de l'intervention du magistrat dans les termes et d'après les principes que j'ai déterminés.

---

(1) La distinction est faite très complètement et très exactement par Cujas (sur le titre : *si in causâ judicati au Code. VIII, 23*).

(2) La meilleure preuve qu'on puisse en donner indépendamment des textes que j'ai déjà cités dans le cours de cette étude résulte de ce fait que le titre 23 du livre VIII au Code est intitulé : « *si in causâ judicati pignus captum sit* » alors que la loi 2 invoquée par Doneau se trouve précisément au titre précédent intitulé « *de prætorio pignore* ».

CHAPITRE II

Réalisation de l'objet saisi

Le plus souvent, la réalisation des objets sur lesquels on avait exercé le *pignus in causâ judicati captum* s'opérait au moyen d'une vente dont le prix était remis au créancier dans la mesure de sa créance. — Il arrivait aussi parfois que l'objet lui-même était attribué au créancier.

J'examinerai donc séparément le cas où il y a vente et celui où il y a *addictio* de l'objet au créancier.

SECTION I

VENTE DE L'OBJET SAISI

A raison du caractère de la saisie et des intérêts opposés qu'il faut concilier la vente est entourée de formalités particulières, elle soulève de plus des questions assez délicates relativement à la garantie et au paiement du prix. — Il faut par suite étudier séparément les formes et les effets de la vente.

§ I

FORMALITÉS DE LA VENTE

J'ai déterminé plus haut dans quel ordre se font les saisies et indiqué qu'elles doivent porter d'abord sur les meubles, puis sur les immeubles et enfin sur les les créances. — Je ne crois pas cependant qu'il

soit toujours indispensable de saisir et de vendre d'abord tous les objets composant la première classe avant de passer à la seconde. — Il me semble qu'en cas d'insuffisance manifeste des meubles, par exemple, on peut saisir en même temps des immeubles. Mais lorsqu'il s'agit de vendre, il me paraît certain qu'on doit, dans tous les cas, vendre d'abord tous les meubles avant de chercher à réaliser des immeubles, l'ordre établi par le rescrit devant être rigoureusement suivi.

Le résultat que poursuit le créancier en saisissant, c'est l'exécution du jugement obtenu par lui. Aussi à raison de la solvabilité du débiteur, cette procédure a dû être organisée surtout dans le but de le contraindre à payer par les inconvénients qu'elle entraîne pour lui et les entraves qu'elle apporte à ses droits.— La vente des biens, c'est-à-dire l'expropriation définitive du débiteur n'en forme que le terme extrême et ne doit être autorisée qu'après un délai suffisant pour permettre au débiteur de se procurer les ressources qui peuvent lui faire provisoirement défaut.

Le delai est fixé à deux mois par le rescrit d'Antonin (*L.* 31. *de re judicatâ.* XLII, 1) : « *si intrà duos menses non solverit, vendantur.* » Les deux mois écoulés, la vente peut avoir lieu. — Mais elle exige un nouveau décret du magistrat qui a seul le pouvoir de l'ordonner et d'y faire procéder par l'intermédiaire de ses *apparitores*, de sorte que le créancier n'intervient pas plus dans cette seconde phase de la procédure que dans la première (*l.* 2. *C. si in*

causâ judicati. VIII, 23 — *l.* 50. *D. de evictionibus,* XXI, 2.)

La vente a lieu très probablement aux enchères; les textes ne renferment pas à cet égard une règle formelle et précise, mais ils y font de fréquentes allusions. Ainsi la loi (2. *C.* VIII, 23) contient le mot *licitatio;* la loi (3. *de executione rei judicatœ. C.* VII, 53.) suppose que la vente a lieu *sub hastâ.* On peut aussi induire de ces textes que des affiches précédent et annoncent la vente.

En principe, la vente doit être faite au comptant (*l.* 15 § 7) afin d'éviter autant que possible les conséquences d'ailleurs assez difficiles à déterminer que produirait la vente à crédit. Mais là encore la règle n'est pas absolue.

La vente ayant lieu aux enchères, tout le monde y est admis. La loi (2. *C.* VIII, 23) permet au créancier saisissant lui-même d'enchérir lorsqu'il n'y a pas d'autres acheteurs ou que les acheteurs n'offrent pas de la chose un prix convenable « *is, cui judicatus* « *satis non fecit, ad licitationem secundùm constituta* « *fuerit admissus* ». Ce texte semble bien le mettre exactement sur la même ligne que tous les autres acheteurs. Cependant Antoine Favre (1) ne l'applique pas purement et simplement. Il décide que s'il y a d'autres acheteurs le créancier n'est pas admis aux enchères, il peut seulement exercer un droit de

(1) Favre: conjonctures, V, 15: sur cette loi.

préférence vis-à-vis du dernier enchérisseur en offrant le même prix. Favre invoque la loi (16. *de rebus auctoritate judicis.* XLII, 5). Il donne en outre comme motif de sa solution qu'il ne peut pas être permis au créancier d'offrir un prix d'une chose qui est vendue à son instigation et dont il peut être considéré comme le vendeur ; cela, dit-il, serait, « *absurdum et iniquum* ». Je ne puis partager cette théorie. La loi (2. *C.* VIII, 23) ne fait pas cette distinction qui est une pure subtibilité et ne repose sur aucun fondement. Il n'est pas plus « *absurdum* » d'admettre le créancier aux enchères que de lui donner simplement un droit de préférence sur le dernier enchérisseur. Le résultat obtenu est exactement le même et l'intérêt du débiteur est également sauvegardé puisque la vente n'est pas sous la direction du créancier et qu'elle est effectuée par les *apparitores*. La loi (16. D. XLII, 5), décide simplement que lorsque les biens d'un débiteur sont vendus et que plusieurs acheteurs offrent le même prix, on préfère d'abord celui qui est créancier ou parent du débiteur, mais elle n'interdit nullement à ce créancier ou à ce parent d'exercer son droit de préférence pendant la vente en prenant une part directe aux enchères. L'interprétation de Favre que lui-même du reste déclare être une explication nouvelle, ne doit donc pas être admise. Sans doute le créancier pourra après la vente user du droit de préférence que lui accorde la loi (16. XLII, 5), mais s'il veut porter lui-même des enchères, il n'y a nul motif de le lui défendre.

Lorsque la chose saisie est une créance on a le choix entre deux procédés (*l.* 15 § 10).

On peut vendre la créance comme on vendrait un objet corporel en suivant les formalités nécessaires à la vente des créances suivant les époques auxquelles on se place. Dans ce cas, le magistrat accorde à l'acheteur une action utile pour poursuivre le débiteur cédé.

En second lieu on peut exercer l'action du débiteur saisi. Le magistrat emploie celui des deux procédés qu'il juge le plus commode et dont il attend les meilleurs résultats.

Une fois la vente de l'objet corporel ou de la créance réalisée, le prix en provenant est remis au créancier saisissant jusqu'à concurrence de sa créance, l'excédant est attribué au débiteur saisi.

Lorsque la saisie a porté sur une créance dont l'exercice au nom du débiteur a produit autre chose que de l'argent, on opère sur ces objets comme sur les autres objets corporels qui auraient pu se trouver dans le patrimoine du débiteur ; on les vend et on en verse le prix entre les mains du créancier saisissant (*l.* 15 § 10).

§ II

EFFETS DE LA VENTE

La vente produit les effets généraux attachés à toutes les ventes. Mais il y a certains points particuliers sur lesquels je dois insister. Le principe qui gouverne toute cette matière, c'est que le débiteur

saisi est considéré comme le vendeur de la chose. De là découlent plusieurs conséquences importantes.

I. — En premier lieu la propriété quiritaire sera transférée à l'acheteur, quand bien entendu le débiteur saisi l'avait lui-même. Telle dut être au moins la règle certaine lorsque le *pignus in causâ judicati captum* eut été réglé par les constitutions impériales. Mais si l'on admet, comme je l'ai fait, qu'il fut simplement réglementé et non créé par ces constitutions, il est assez difficile de savoir exactement quel effet produisait la vente au regard de l'acheteur lorsque le *pignus* n'était encore qu'une institution prétorienne.

Quand le débiteur saisi n'avait pas lui-même le *dominium ex jure quiritium*, il est évident que l'acheteur de l'objet saisi ne pouvait avoir la propriété quiritaire.

II. — La vente une fois faite est irrévocable. Cependant elle peut donner lieu à une *restitutio in integrum* au profit du mineur de vingt-cinq ans d'après les règles ordinaires qui régissent l'*in integrum restitutio*. Le plus souvent le magistrat ne prononce pas une *restitutio* complète et il se borne à ordonner le remboursement au mineur de la somme payée au créancier, c'est-à-dire du prix de l'objet vendu (*l.* 9. *de minoribus*. IV, 4). Dans ce cas la vente n'est donc pas rescindée, elle subsiste au regard de toutes les parties. Mais si le dommage causé au mineur était trop grand et ne pouvait se réparer que par la restitution des objets eux-mêmes, la rescision pourrait

avoir lieu et on se trouverait en présence d'une véritable *restitutio in integrum.* Il résulte des expressions dont se sert Ulpien que cette hypothèse doit être purement exceptionnelle : « *puto interdùm permittendum, id est, si grande damnum sit minoris* ». Cette solution est du reste confirmée en termes très explicites par une constitution de Dioclétien et de Maximien (*l.* 1. *C.* II, 29. *si adversùs venditionem*) : « *si* « *igitur pignori captis prœdiis, ac distractis, enorme* « *damnum ex hujusmodi venditione passos vos osten-* « *deritis ; prœsertim cum hodiè minores vos esse af-* « *firmetis, auxilium restitutionis vobis impertietur* ».

III. — On peut supposer que l'acheteur soit évincé ; il aura certainement le droit d'exercer une action en garantie de l'éviction, mais contre qui devra-t-il la diriger ? Il est évident d'abord que les *apparitores* ne sauraient être atteints par cette action, car ils ne sont que des instruments et ils ne prennent pas une part directe et personnelle à l'opération (*l.* 50. *de evictionibus.* XXI, 2).

L'action en garantie de l'éviction ne peut non plus s'exercer contre le créancier.

Elle n'est donnée que contre le débiteur saisi qui est le véritable vendeur, auquel en fin de compte le prix a profité puisqu'il a servi à désintéresser son créancier et à éteindre une dette contractée par lui ; c'est donc le lieu d'appliquer la loi (13. *C. de evictionibus.* VIII, 45), qui décide que l'action en garantie doit être intentée contre celui auquel le prix a profité. Seulement l'action *ex empto* ne fera pas obtenir

à l'acheteur la somme qui représente l'intérêt qu'il avait à ne pas être évincé, c'est-à-dire la valeur de la chose au jour de l'éviction comme c'est la règle générale (*l.* 45 § 1. XIX, 1), mais simplement le prix payé par lui et les intérêts de ce prix. On en déduira même les fruits qu'il aurait pu percevoir et qu'il ne serait pas forcé de restituer (*l.* 74 § 1. *de evictionibus.* XXI, 2). Cette disposition écrite en faveur du débiteur, car presque toujours le préjudice causé serait supérieur au prix payé, est sans doute basée sur ce fait que malgré la fiction que le débiteur a vendu lui-même, la vente a cependant eu lieu sans son consentement puisqu'elle lui est imposée.

IV. — Si les *executores* ont par dol vendu la chose un prix inférieur à sa valeur, y a t-il un recours contre eux ?

La loi (50. *de evictionibus*) donne au débiteur l'action de dol. Mais ici une difficulté peut naître du rapprochement d'un autre texte. La loi (3 § 8. *de negotiis gestis.* III, 5) est ainsi conçue : « *si executor a* « *prætore in negotio meo datus dolum mihi fecerit,* « *dabitur mihi adversùs eum actio* ». Godefroy (1) prétend que ce texte vise la même hypothèse que celle de la loi (50. *de evictionibus*) ; pour lui les mots « *in negotio meo* » se rapportent au débiteur saisi auquel il permet par conséquent d'exiger des *executores* la réparation du dol commis par eux au moyen de l'action de *negotiis gestis.* Je ne crois pas que

(1) Godefroy : sur cette loi.

cette explication soit admissible. L'*executor* ne peut à aucun point de vue être assimilé à un gérant d'affaires du débiteur puisque précisément la saisie a lieu à l'encontre du débiteur. De plus, si le débiteur avait déjà l'action de *negotiis gestis*, on ne comprendrait pas que la loi (50. *de evictionibus*) lui donnât l'action de dol qui n'est que subsidiaire et ne peut être exercée qu'à défaut d'autre action aux termes mêmes de l'édit (*l.* 1 § 1. *de dolo malo.* IV, 3). Il est vrai que Godefroy, afin de ne pas violer ce principe, déclare qu'il faut donner tantôt l'action *de dolo* et tantôt l'action *de negotiis gestis*, mais il lui est impossible d'indiquer dans quelles hypothèses on doit intenter l'action *de dolo* et dans quels cas au contraire l'action du débiteur sera l'action *de negotiis gestis*.

Je crois plutôt avec la Glose qu'il faut faire rapporter les mots « *in negotio meo* » au créancier. Il s'agirait par conséquent dans le (§ 8 *de la loi* 3. III, 5) de l'action accordée au créancier saisissant contre les *executores* qui auraient par dol vendu la chose à vil prix. Cette solution est très juridique ; rien de plus légitime ici que de considérer les *executores* comme les gérants d'affaires du créancier, car s'ils ne sont pas ses mandataires puisqu'ils opèrent d'après les ordres du magistrat, ils agissent en réalité dans son intérêt. Seulement l'action ne permettra au créancier de poursuivre contre les *executores* que la réparation d'un dol et l'hypothèse où nous sommes est une de celles qui rentrent dans la formule générale de la loi (2 § 9. III, 5) : « *interdùm in negotiorum gestorum*

actione Labeo scribit dolum solummodo versari. » (1). Je n'ai pas besoin d'insister sur les intérêts qui existent à donner l'action de *negotiis gestis* et non l'action *de dolo*. Je n'en veux citer que deux. En premier lieu l'action *de negotiis gestis* n'entraîne pas l'infamie contre les *executores*. De plus l'action de *negotiis gestis* n'est pas éteinte comme l'action *de dolo* par le délai d'une année ou le décès de ceux contre lesquels elle est intentée.

V. — La vente, avons-nous vu, doit être faite au comptant. Mais ce n'est pas là une règle absolue et il peut se faire qu'il en soit autrement. Si l'on suppose qu'alors l'acheteur refuse de payer le prix et prétende qu'il n'a rien acheté, comment agira-t-on contre lui ? Ulpien examine la question dans le § 7 (*l.* 15. *de re judicatâ*). Il décide que les magistrats qui ont procédé à l'exécution ne pourront pas forcer le vendeur à payer son prix ; une fois la vente effectuée, la procédure de saisie est finie et leur compétence qui n'existait que relativement à cette procédure doit cesser par là même. Mais cette décision d'après les termes mêmes dont se sert Ulpien n'avait pas dû être admise sans controverse et il est probable que la

(1) Je ne crois pas qu'on puisse expliquer le § 8 en disant qu'il s'agit dans ce texte non pas de l'action de *negotiis gestis* mais de l'action *de dolo* accordée soit au créancier, soit au débiteur, suivant la portée que l'on donnerait aux mots « *in negotio meo* ». En effet, si le § 8 ne dit pas expressément qu'il traite de l'action *de negotiis gestis*, cette solution ressort certainement de la place qu'occupe la loi 3 au titre *de negotiis gestis* et des § 7 et 9 entre lesquels est encadré le § 8, et qui s'occupent de l'action *de negotiis gestis*.

question avait été vivement discutée. Ulpien fait valoir les inconvénients que la solution contraire entrainerait. Si les magistrats, dit-il, veulent statuer en connaissance de cause sur la contestation soulevée par l'acheteur, un nouveau procès surgira, il faudra organiser une nouvelle instance qui pourra traîner en longueur ; puis la sentence rendue et l'acheteur condamné, on devra procéder à l'exécution de ce jugement ; de nouvelles questions pourront encore surgir. Si au contraire les magistrats tiennent immédiatement l'acheteur pour condamné « *statim pro judicato habent* », ils s'exposent à commettre une injustice flagrante, car il peut arriver que sa prétention soit fondée et qu'on le condamne à payer lorsqu'il ne doit rien en réalité. Cette solution ne peut causer aucun préjudice au créancier, ajoute Ulpien, car il n'a pas d'action contre l'acheteur ; ce n'est pas lui mais le débiteur saisi qui est censé avoir vendu par le ministère des *apparitores*. Pour lui son droit sera suffisamment sauvegardé par l'hypothèque qu'il conserve sur la chose vendue et qu'il peut faire valoir tant que le prix n'est pas payé au moyen de l'action hypothécaire dirigée contre le possesseur de l'objet (*l.* 16 *pr. et* § 3. *de pigno. et hypo.* XX, 1). Cette action lui assure le paiement aussi sûrement que le ferait une action personnelle contre l'acheteur. C'est ainsi du moins que j'interprète avec la majorité des auteurs (1) cette phrase du § 7 (*l.* 15. *de re judicatâ*) « *melius erit*

(1) Accurse, voir la Glose sur cette loi. — Tambour page 394.

« *si non se interponant ; maximè cum nec habeat ac-*
« *tionem adversus eum is, cui judicatum fieri deside-*
« *ratur* ». Mais Antoine Favre (1) en a présenté une autre explication très ingénieuse et assez séduisante bien qu'elle ne me paraisse pas exacte. Il admet bien que les magistrats qui ont procédé à la saisie ne connaîtront pas du refus de payer de l'acheteur ; il ajoute même un nouveau motif à ceux donnés par Ulpien. Les *apparitores*, dit-il avec raison, n'agissant que d'après la délégation du magistrat, ne doivent pas dépasser les termes de leur mandat ; ils sont chargés d'exécuter la sentence et non de juger les incidents concomitants ou postérieurs à la saisie qui peuvent se présenter. Quant aux magistrats ce pouvoir ne leur appartient pas non plus car avant l'établissement du système formulaire ils ne jugeaient pas eux-mêmes les procès.

Seulement Favre accorde au créancier saisissant une action personnelle contre l'acheteur. Au lieu de « *interponant* » il lit d'après la Florentine « *interponat* » et faisant rapporter les mots « *adversus eum* » à *executor* sujet de *interponat*, c'est contre l'*executor* et non contre l'acheteur qu'il refuse l'action au créancier. Ulpien nous dit que sa solution n'aboutit à aucune injustice envers le créancier « *nec injuriâ afficietur* », or ne serait-il pas injuste de laisser le créancier désarmé devant l'acheteur qui refuse de payer son prix ? Le créancier est véritablement le

(1) Favre, conjonctures, 16, V.

vendeur, c'est sur sa demande que le magistrat a fait procéder à la saisie et à la vente de l'objet et peu importe que la vente soit réalisée par lui-même ou par l'intermédiaire des *executores*. Il est donc naturel de lui refuser une action contre les *executores*, mais il faut au contraire lui permettre d'agir contre l'acheteur vis-à-vis duquel il est considéré comme un vendeur. L'acheteur n'a d'ailleurs pas à se plaindre ; en prenant part aux enchères il a su que régulièrement la vente devait se faire au comptant et qu'on pourrait lui réclamer immédiatement le prix.

Si bien déduite que soit cette théorie, je crois préférable d'adopter celle d'Accurse. Je suis d'accord avec Favre pour reconnaître que le créancier ne peut avoir d'action contre les *executores* sauf au cas de dol, mais il n'est pas besoin de cette phrase du § 7 pour le décider et cette solution résulte, je l'ai déjà démontré, de la loi (3 § 8. III, 5). Il doit en être de même vis-à-vis de l'acheteur. Le créancier n'est pas considéré comme le vendeur de la chose puisque l'action en garantie de l'éviction est donnée non contre lui, mais contre le débiteur saisi qui profite du prix en dernière analyse. La Florentine est le seul manuscrit qui porte « *interponat* » ; dans la Vulgate on lit « *interponant* », et ce pluriel est évidemment commandé par les phrases qui suivent et qui précèdent où Ulpien parle toujours des *executores*, *des judices* qui « *condemnabunt emptorem* » ou « *sententiam exsequuntur*, etc... » Enfin les Basiliques confirment d'une façon indiscutable cette interprétation. Le passage qui correspond

au § 7 de la *loi* 15 porte que le créancier n'a pas d'action contre l'acheteur qui nie avoir acheté ou qui n'a pas payé le prix. Le magistrat ne peut qu'enlever la chose à l'acheteur et en ordonner la revente (1).

SECTION II

ATTRIBUTION DE LA CHOSE AU CRÉANCIER

Nous avons vu que le créancier peut prendre part à la vente de l'objet saisi et se porter enchérisseur. Ulpien nous indique (*l.* 15 § 3) qu'il a encore un autre droit. Si aucun acheteur ne se présente le rescrit lui permet de se faire attribuer l'objet: « *si pignora,* « *quæ capta sunt, emptorem non inveniant ; rescrip-* « *tum est ab imperatore nostro et divo patre ejus, ut* « *addicantur ipsi, cui quis condemnatus est* ». De vives controverses se sont élevées sur la nature et les effets de ce droit du créancier et de nombreux systèmes ont proposé des interprétations très variées de ce § 3.

§ I

NATURE DU DROIT ACCORDÉ AU CRÉANCIER

La difficulté vient de la contradiction que semblent présenter trois textes. Le § 3 (*l.* 15. *de re judicatâ*), décide que cette attribution de l'objet au créancier, cette *addictio* se fait par la seule autorité du magis-

(1) Basiliques, IX, 3.

trat. Au contraire d'après la loi (3. *C.* VIII, 23. *si in causâ judicati.*) le *pignus* est *addictum* au créancier en vertu d'une autorisation du prince lorsque, grâce à une fraude du débiteur, on ne peut trouver un acheteur pour l'objet saisi. Enfin la loi (3. *C. de executione rei judi.* VII, 53.) semble se référer plutôt à la loi (15 § 3. *de re judicatâ*) en visant une *missio in possessionem* ordonnée par le magistrat lorsqu'on n'a pu « *ex compacto, sive ambitione diversæ partis, empto-* « *rem invenire* ».

Comment concilier ces décisions différentes ?

1° Cujas (1) enseigne que ces textes prévoient deux hypothèses distinctes et se rapportent à des institutions qu'il ne faut pas confondre. Dans la loi (15 § 3. *de re judicatâ*) et dans la loi (3. *C.* VII, 53) il s'agit d'un envoi en possession ordonné par le magistrat en faveur du créancier, envoi analogue aux anciennes *missiones in possessionem* du préteur avec cette différence qu'il ne comprend ici que certains biens du débiteur et non l'ensemble de son patrimoine. La loi (3. *C.* VII, 53) impose comme condition à l'exercice de ce droit que le défaut d'acheteur soit dû à des manœuvres frauduleuses.

D'un autre côté la loi (3. *C. si in causâ*) donne au créancier une autre faculté en lui permettant d'obtenir du prince le *jus dominii* si « *per calliditatem condemnati emptor inveniri non potest.* » Ce ne serait là, d'après Cujas, qu'une application pure et

(1) Cujas, sur la loi 15 § 3. XLII, 1. *au Digeste.* — Au Code sur les titres. — VIII, 34. — VIII, 23. — VII, 53.

simple du *jus impetrandi dominii* grâce auquel un créancier obtient de l'empereur la possession d'un objet *animo domini* et par l'usucapion arrive ensuite à la propriété (*l.* 63 § 4. XLI, 1. *de acquirendo rerum dominio*). Ce droit est soumis aux règles générales du *jus impetrandi*, des affiches doivent être apposées et le débiteur peut reprendre la chose en désintéressant le créancier tant que l'usucapion n'est pas accomplie. Sous Justinien c'est la propriété complète qui est transférée au créancier, mais le débiteur peut encore dans le délai de deux ans lui enlever la chose en lui payant le capital de la dette, les intérêts et le montant du préjudice causé par le retard (*l.* 3. *C.* VIII, 34. *de jure dominii impetrandi*).

Schilling (1) a reproduit à peu près l'opinion de Cujas, il admet la même distinction.

2° Lorsqu'il ne s'est pas présenté d'acheteur aux enchères, la Glose accorde au créancier trois moyens différents pour arriver à l'exécution de la sentence rendue en sa faveur.

En premier lieu il peut obtenir du magistrat une *missio in possessionem* de l'objet, lui permettant de percevoir les fruits et de les imputer sur sa créance. Ce n'est là qu'une mesure purement provisoire. Sur ce point tout au moins la théorie de la Glose me paraît évidemment erronée; dans les trois textes que nous avons comparés, il n'est pas question de mesures provisoires et le droit du créancier est présenté

(1) Schilling, loc cit, § 14 (217).

comme un droit actuellement définitif ou tout au moins susceptible de le devenir.

En second lieu la loi (15 § 3. *de re judi.*) prévoit le cas d'un *datio in solutum* que le créancier accepte et par laquelle il reçoit l'objet saisi en paiement de sa créance. Cette *datio* constitue un véritable contrat, elle est assimilée à une vente (*l.* 4. *C. de evictionibus.* VIII, 45) et lorsque le créancier l'a acceptée, il ne peut plus restituer la chose pour poursuivre directement son paiement contre le débiteur ; il est réputé avoir transigé aux termes de la loi (15 § 3).

Du reste il a choisi ce parti en connaissance de cause car il aurait pu prendre part aux enchères et acheter la chose, ce qui aurait été plus avantageux pour lui.

Enfin dans la loi (3. *C. si in causâ.* VIII, 23), il s'agit d'une véritable *impetratio juris dominii* à laquelle le créancier ne peut avoir recours qu'en cas de fraude du débiteur.

L'interprétation de la Glose me paraît très défectueuse : elle n'appuie sur aucun texte le premier des droits qu'elle reconnait au créancier et de plus elle ne rend pas compte de la loi (3. *C. de executione rei*) qu'elle laisse à peu près entièrement de côté.

3° Doneau (1) fait encore la même distinction en se plaçant à une autre point de vue. D'après lui l'*addictio* de la loi (15 § 3) n'a que le caractère d'une dation en paiement, le magistrat attribue l'objet au créancier

(1) Doneau. sur la loi 15 § 3.

qui ne peut plus rien réclamer après l'avoir accepté.

Si le créancier s'adresse à l'empereur (*l.* 3. *C. si in causâ*), la chose ne lui est plus attribuée à titre de dation en paiement, mais d'après une estimation, et suivant que la valeur de l'objet dépasse le chiffre de la créance ou lui est inférieur, le créancier devra restituer ou pourra réclamer le surplus au débiteur.

4° Antoine Favre a discuté la question à plusieurs reprises.

Pour lui la loi (15 § 3), prévoit le cas d'une *missio in possessionem* ordonnée par le magistrat seul. C'est un remède extrême employé lorsqu'on ne trouve pas d'acheteur, alors même que le défaut d'enchérisseur ne provient pas d'une fraude du débiteur. Mais cette *addictio* ne confère au créancier que l'*in bonis*, car les magistrats, ne pouvant créer des lois, sont impuisssants à transmettre par leur seule autorité la propriété quiritaire.

A côté de cet *addictio* il en existe une autre, celle qui est prévue par les lois (3. C. *de executione* et 3. *C. si in causâ.*) Elle n'intervient que sur l'ordre et avec l'autorisation du prince, et seulement lorsque le débiteur a, par des manœuvres dolosives, empêché les acheteurs de venir à la vente. Comme la première cette *addictio* se réalise par une *missio in possessionem* mais elle produit un effet plus puissant car l'empereur ayant le pouvoir législatif (*l.* 1. *pr. et* § 1. *de constitutionibus principum.* I, 4) le *dominium ex jure quiritium* est transféré au créancier. Lorsque Justinien a supprimé la distinction de l'*in bonis* et du

dominium ex jure quiritium, la différence qui séparait les deux *addictiones* a disparu (*loi unique. C.* VII, 25. *de nudo jure.*) (1).

Enfin ces deux *addictiones* ne doivent pas être confondues avec l'*impetratio juris dominii.* (2). Si l'effet de cette dernière est identique à celui de l'*addictio cum auctoritate principis* les formes en sont différentes car dans l'*addictio* on n'a pas à observer les délais et les formalités de l'*impetratio*. Ce sont ces effets communs qui ont trompé les interprètes et ont amené la confusion que l'on fait entre ces deux institutions. Or l'*impetratio* ne peut être demandée par le créancier qui a employé la procédure du *pignus ex causâ judicati captum*. En effet l'*impetratio* ne peut avoir lieu que lorsqu'il s'agit d'un gage conventionnel, lorsque le gage est en réalité entre les mains du créancier ; toutes les lois du Code au titre (*de jure dominii impetrando.* VIII, 34) le supposent. Ici au contraire le gage n'est pas et ne peut pas être entre les mains du créancier puisque les *apparitores* seuls ont le droit de s'en saisir et de le détenir.

5° Il est assez difficile de prendre parti entre ces opinions qui reposent toutes sur des motifs sérieux et invoquent des arguments dont on ne saurait méconnaître la portée. Cependant il me semble que la véritable explication n'est donnée par aucune d'elles et je crois avec MM. Tambour (3) et

(1) Favre, de erroribus, LVI, chap. 2, 3, 4, 6.
(2) Favre, de erroribus, LVI, chap. 7.
(3) Tambour, page 399.

Accarias (1) que l'on doit concilier autrement les trois textes dont l'interprétation a soulevé toutes ces controverses.

Pour moi les lois (15 § 3. *de re judicatâ*.—3. C. *si in causâ*. — 3. C. *de executione*) se refèrent à une même hypothèse et réglementent une seule institution. Lorsque grâce aux manœuvres frauduleuses du débiteur aucun acheteur ne s'est présenté, l'*addictio* est faite au créancier en vertu d'une décision du magistrat agissant d'après une autorisation de l'empereur. Comme l'*impetratio* (*l.* 63 § 4. XLI, 1. *de acquirendo*) l'*addictio* ne confère que la propriété bonitaire, mais lorsque la distinction entre l'*in bonis* et le *dominium ex jure quiritium* eut disparu la propriété quiritaire dut résulter de l'*addictio* au profit du créancier.

La loi (15 § 3) nous dit en effet que l'*addictio* fut organisée par un rescrit de l'empereur et de son père « *ab imperatore nostro et divo patre ejus* » ; or la loi (3 *C. de executione*) est de Sévère et d'Antonin Caracalla, et à l'époque d'Ulpien, Caracalla est le seul prince qui ait encore été associé par son père à l'empire. Ne peut-on pas penser que la loi (15 § 3) se réfère précisément à ce texte ? (2)

De plus, la loi (3. *C. si in causâ*) est conçue à peu

(1) Accarias, tome II, page 923 note 2 (3e édition).

(2) La loi (3. *C. de executione*) est indiquée comme portant la date de 215. Cette date est évidemment fausse puisque Sévère est mort en 211. C'est une confirmation nouvelle de cette observation souvent faite, que les dates données par les compilateurs de Justinien sont parfois inexactes et doivent être contrôlées. (Duruy. Histoire des Romains, tome VI, page 58 note 2.)

près dans les mêmes termes que la loi (3. *C. de executione*). Elle suppose aussi que les manœuvres frauduleuses du débiteur saisi ont écarté les acheteurs et on peut croire qu'elle ne fait, en exigeant l'autorisation du prince, que consacrer une règle déja antérieure car rien dans son texte ne prouve qu'elle ait entendu apporter une innovation. Elle ne dit d'ailleurs pas que l'*addictio* est faite par l'empereur, mais qu'elle a lieu « *ex auctoritate principis* » ; l'autorisation donnée par l'empereur au magistrat était donc sans doute générale et n'avait pas besoin d'être renouvelée dans chaque cas particulier. C'est là ce qui constitue à mes yeux la grande différence entre l'*addictio* et *l'impetratio juris dominii*. Cependant Godefroy qui n'admet comme nous qu'une espèce d'*addictio* la confond avec l'*impetratio dominii*.

§ II

EFFETS DE L'ADDICTIO

Pothier (1) et quelques autres commentateurs ont pensé que dans tous les cas la chose était attribuée au créancier d'après une estimation. Il me semble cependant certain que jamais l'*addictio* n'avait ce caractère et les termes de la loi (15 § 3) commandent une autre solution. Il faut décider que l'*addictio* est une véritable dation en paiement. Il intervient entre le créancier et le débiteur une sorte de contrat par lequel le créancier consent à prendre la chose au lieu

(1) Pothier, *de re judicata, n° 60 note 4.*

de la somme qui lui est due et s'interdit de rien réclamer au débiteur alors même que la valeur de l'objet serait inférieure au chiffre de la créance. C'est ce qu'Ulpien exprime formellement, en disant que le créancier qui a usé de ce droit est réputé avoir fait une transaction et ne peut plus rien demander au débiteur : « *quia velut de pacto trangesisse* « *videtur qui contentus fuit pignora possidere*; *nec* « *posse eum in quantitatem certam pignora tenere,* « *et superfluum petere.* » Le créancier est libre de recourir à ce moyen ; s'il s'est contenté de l'*addictio*, il ne peut pas prétendre revenir sur sa détermination et vouloir réclamer au débiteur l'excédant de sa créance sur la valeur de l'objet.

Du reste si l'*addictio* avait lieu sur estimation elle ferait double emploi avec la faculté accordée au créancier de se porter enchérisseur. Elle serait alors une véritable vente, le créancier paierait la chose sa valeur réelle et on ne comprendrait pas pourquoi il ne l'aurait pas plutôt achetée aux enchères. Si au contraire l'*addictio* a lieu sans estimation et constitue une dation en paiement, il est facile de se rendre compte de l'intérêt que le créancier peut avoir à la demander. Si l'objet a une valeur supérieure au chiffre de la créance, le créancier, au lieu de l'acheter aux enchères où il l'aurait payé à peu près son prix, se le fera attribuer par le magistrat et gagnera ainsi la différence entre la valeur de la chose et le montant de sa créance. Quant au débiteur il ne peut s'en prendre qu'à lui-même du préjudice qui lui est ainsi causé

puisque le défaut d'acheteurs provient des manœuvres dolosives par lui employées.

L'*addictio* comme la vente met fin à la compétence du magistrat chargé de l'exécution. Toutes les questions postérieures qui peuvent naître et que je n'ai pas à examiner ici seront jugées d'après les règles ordinaires de procédure et de compétence (*l.* 15 § 6. — *l.* 55. *de rejudicatâ*).

DROIT FRANÇAIS

DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

INTRODUCTION

Lorsque des intérêts contraires divisent deux personnes et que deux prétentions opposées s'élèvent relativement à un même objet, il faut qu'une décision souveraine impose un accord forcé aux parties en cause et fasse ainsi cesser un trouble qui pourrait affecter l'ordre social tout entier. — C'est là le rôle des tribunaux auxquels la délégation d'une partie de la souveraineté permet de mettre fin au différend par un jugement qui revêt tous les caractères d'une véritable loi.

La sentence judiciaire est une loi ; d'où son autorité irréfragable et la présomption de vérité absolue qui s'y attache (article 1351) : « *res judicata pro veritate habetur.* » Mais c'est une loi dont l'unique but est de concilier deux intérêts particuliers d'où son

effet purement relatif et limité aux seules parties en cause : « *Res inter alios judicata aliis neque nocere « neque prodesse potest.* »

Il ne suffit pas que la décision devenue définitive, c'est-à-dire passée en force de chose jugée ne puisse plus être remise en question ; il faut encore qu'elle ne reste pas lettre morte et que son exécution soit assurée. Aussi toutes les législations se sont préoccupées d'entourer les jugements de garanties certaines d'exécution.

Le but est souvent difficile à atteindre. On doit en effet concilier l'intérêt de celui qui est devenu créancier par suite de la sentence rendue à son profit et les intérêts nécessairement opposés des autres créanciers ; il faut encore autant que possible essayer de ménager le crédit du débiteur. En pareille matière la meilleure solution serait celle qui conserverait au jugement l'effet purement relatif qu'il doit avoir en théorie et laisserait intacts les droits des tiers. Malheureusement un tel résultat est à peu près irréalisable et il faut se résigner à rechercher parmi les nombreux procédés possibles, celui qui présente les moindres inconvénients.

Sous notre code civil la garantie d'exécution attachée aux jugements est l'hypothèque judiciaire qui fera l'objet de cette étude.

L'hypothèque judiciaire, en vertu de la sentence rendue, grève d'un droit réel général tous les immeubles présents et à venir du condamné d'après des conditions que j'aurai à déterminer. C'est une garan-

tie d'exécution qui frappe exclusivement les biens, mais avant 1867 il en existait une autre qui affectait la personne même du débiteur. Je veux parler de la contrainte par corps, vestige des anciennes législations barbares qui avait survécu à tous les progrès de la civilisation, et malgré une série d'adoucissements continus s'était conservé jusqu'à ces dernières années. Les droits de la liberté individuelle ont fini par l'emporter sur les intérêts purement pécuniaires des créanciers, et cette garantie d'exécution si contraire à tous les principes sur lesquels repose notre société moderne a disparu complètement en matière civile avec la loi de 1867. La contrainte par corps n'existe plus qu'en matière criminelle ; on peut dire qu'elle revêt alors le caractère d'une peine accessoire.

Nous n'avons donc ici à nous préoccuper que de l'hypothèque judiciaire.

C'est une institution qui a donné lieu à de vives critiques trop souvent justifiées selon nous ; elle a beaucoup de détracteurs et beaucoup de partisans, mais ceux-là mêmes qui la défendent lui reconnaissent des imperfections. De plus les textes du code soulèvent par leur ambiguité ou leur obscurité de graves difficultés d'interprétation et d'application.

Aussi pour l'étudier complètement, il est nécessaire de suivre dans leur évolution historique les institutions qui, par des développements successifs, ont fini par aboutir à la formation d'une hypothèque judiciaire dont les sources, les formes et les effets étaient dans

l'ancien droit à peu près identiques à ceux que le code civil lui assigne.

L'apparition de l'hypothèque judiciaire dans le domaine juridique est relativement récente, puisqu'elle remonte à une date sur la fixation précise de laquelle j'aurai à revenir et que l'on s'accorde généralement à placer dans le courant du seizième siècle.

Après avoir étudié l'hypothèque judiciaire dans son histoire, j'expliquerai et je commenterai les textes du Code qui lui sont relatifs, en essayant de résoudre les principales difficultés auxquelles ces textes ont donné lieu.

Puis je terminerai cet essai par une revue rapide de la place que l'hypothèque judiciaire occupe dans les législations qui ne l'ont pas répudiée. L'étude des modifications qu'elle y a reçues, l'appréciation que nous aurons pu faire de ses avantages et de ses inconvénients nous permettra de juger les critiques qui lui ont été adressées. Nous pourrons alors en connaissance de cause examiner rapidement les perfectionnements qu'on a proposé de lui apporter et les procédés par lesquels on a voulu la remplacer.

Je diviserai donc mon sujet en trois parties.

Dans une première partie j'essaierai de dégager les circonstances qui ont déterminé la formation de l'hypothèque judiciaire, je suivrai son développement et je résumerai les principales règles auxquelles elle était soumise dans l'ancien droit.

La deuxième partie, de beaucoup la plus impor-

tante, comprendra le commentaire des textes du Code civil.

Enfin la troisième partie, où j'examinerai l'état actuel des principales législations relativement à l'hypothèque judiciaire et les objections qui ont été formulées contre elle, formera une sorte d'appendice à cette étude et la conclusion de ce travail.

PREMIÈRE PARTIE

Ancien droit français

On a voulu quelquefois rechercher dans le droit romain l'origine de l'hypothèque judiciaire, et certains auteurs l'ont rattachée à deux modes d'exécution des jugements appartenant à la législation romaine ; je veux parler du *pignus prætorium* et du *pignus in causâ judicati captum* (1).

Ce point de vue me paraît inexact ; la nature et les caractères de ces institutions offrent avec l'hypothèque judiciaire des différences qu'un examen même superficiel suffit à révéler.

Le *pignus prætorium* est un droit de gage général accordé à la masse des créanciers sur le patrimoine du débiteur. — Il résulte d'une *missio in bona* prononcée par le magistrat supérieur contre le débiteur *condemnatus, confessus in jure* ou *indefensus*. Le créancier qui a le premier démandé l'envoi en possession ne jouit d'aucun droit de préférence, et tous les créanciers peuvent réclamer le même bénéfice jusqu'à l'époque de la vente des biens probablement. — En vertu du *pignus prætorium* les créanciers ont un droit de détention matérielle des biens et un droit de gage général qu'ils exercent par l'intermédiaire d'un *curator* nommé par le magistrat. Ce droit de gage aboutit après l'expirations de cer-

(1) Grenier : Traité des hypo. nos 192 et S. S. — Valette : Mélanges tome I page 355. — Bonjean : Traité des actions tome II page 177.

tains délais et l'accomplissement de formalités assez nombreuses à la vente des biens au moyen de la procédure de *venditio bonorum*.

Ce résumé très succinct suffit à montrer que le *pignus prætorium* se rapproche plutôt de notre faillite que de l'hypothèque judiciaire. Il a sa base dans un décret émanant de l'autorité du magistrat et non dans une disposition légale ou dans la sentence elle-même ; il ne confère aucun droit de préférence au créancier qui a manifesté le premier l'intention d'y avoir recours. Enfin il ne constitue pas une garantie de l'exécution des jugements mais il fait partie intégrante de la procédure d'exécution. Les créanciers en effet ne sont pas libres de se contenter de ce droit de gage et de détention qui leur est conféré ; ils doivent après l'expiration d'un certain délai en arriver à la *venditio bonorum*.

Le *pignus ex causâ judicati captum* offrirait avec l'hypothèque judiciaire une analogie plus grande que le *pignus prætorium*, mais les différences sont si considérables qu'il n'est pas possible de le considérer comme la première conception et le point de départ de notre institution.

Ses caractères nous sont connus par les explications détaillées dont il a fait l'objet plus haut ; je n'ai qu'à les rappeler brièvement.

Le *pignus in causâ judicati captum* suppose un jugement de condamnation ou une *confessio in jure*, et de plus il confère au créancier qui l'obtient un droit de préférence sur les choses auxquelles il s'applique.

A ces deux points de vue il ressemble à l'hypothèque judiciaire.

Mais d'autre part le *pignus* ne dérive pas de la sentence elle-même; il résulte d'une décision, d'un ordre du magistrat dont l'exécution est confiée aux *apparitores*.— Le *pignus* ne porte pas sur l'ensemble du patrimoine du débiteur, il ne s'attache qu'aux choses qui ont fait individuellement l'objet d'une saisie, d'une prise de possession de la part des *apparitores*. En outre, le droit de préférence ne naît au profit du créancier qu'au moment de la main-mise exercée par les agents du magistrat et non pas au moment du jugement. Enfin le *pignus in causâ judicati* est autre chose qu'une garantie d'exécution; il forme, comme le *pignus prætorium*, du reste, un des actes de la procédure d'exécution elle-même puisqu'il est le préliminaire indispensable d'une vente ou d'une *addictio* des objets saisis auxquelles il aboutit forcément. — Au contraire le créancier qui a obtenu un jugement pourrait se contenter de l'hypothèque judiciaire en retardant pendant un délai plus ou moins long l'exécution du jugement; il aurait aussi à l'inverse le droit d'exécuter la sentence sans avoir exercé son hypothèque judiciaire; en agissant ainsi, il ne ferait que renoncer à la garantie que la loi lui accordait.

Le *pignus in causâ judicati captum* se rapproche donc plutôt de la saisie-exécution ou de la saisie immobilière.

C'est par conséquent dans notre ancien droit seul qu'il faut rechercher les origines de l'hypothèque

judiciaire. Sa conception n'a été qu'une conséquence des idées juridiques en vigueur à l'époque où elle est apparue et dont le développement a produit les modifications qu'elle a elle-même subies.

Son étude dans l'ancien droit français peut se diviser en quatre périodes qui marquent les étapes parcourues par elle pour aboutir à la formation complète de l'hypothèque judiciaire telle qu'elle est réglementée par le Code civil.

Première période. — Elle s'étend depuis l'époque de l'introduction du droit romain en France jusqu'à une date assez difficile à déterminer exactement et que je placerai en 1510, année où nous rencontrons le premier document certain qui nous révèle le résultat appréciable d'un travail de transformation déjà antérieur.

Deuxième période. — De 1510 à l'ordonnance de Moulins de 1566. — Dans cette période l'évolution s'accentue et aboutit en 1566 à la constitution de l'hypothèque judiciaire.

Troisième période. — De 1566 à 1789. — L'hypothèque judiciaire est créée et fonctionne complètement. C'est une institution qui a ses règles propres et bien déterminées. J'étudierai alors son mécanisme et les principales questions auxquelles elle donne lieu.

Quatrième période. — C'est celle du droit intermédiaire. J'examinerai les modifications apportées par les lois de l'époque révolutionnaire, et surtout la loi

du 11 Brumaire an VII, à laquelle toute notre théorie moderne des hypothèques a fait les plus larges emprunts.

PREMIÈRE PÉRIODE

DE L'INTRODUCTION DU DROIT ROMAIN EN FRANCE A 1510

A l'origine dans l'ancienne pratique de la France, il n'existe pas au profit de celui qui est devenu créancier par suite de la condamnation prononcée contre son adversaire, un droit réel grevant les biens du débiteur en vertu du jugement. On applique purement et simplement les règles du *pignus prætorium* et *du pignus in causâ judicati captum* et l'éxécution de la sentence ne sera garantie par un droit réel sur sur la chose du débiteur que du jour où une saisie aura effectué une sorte de main-mise sur les biens du condamné. C'est à ce moment seulement que l'hypothèque apparaît, de sorte qu'au lieu d'être comme elle le deviendra le préliminaire et la garantie de l'exécution du jugement, elle n'en est que le résultat. C'est là un point certain et sur lequel sont d'accord tous nos anciens auteurs. Cette doctrine est formulée assez longuement par Brodeau (1) qui rapporte en les appuyant de son autorité les opinions de Bourdin (2) de Papon (3) de Le Maistre (4). Il s'a-

(1) Brodeau. Sur Louët. Lettre H, n° 25.
(2) Bourdin. Sur l'ordon. de 1539, art. 92.
(3) Papon. Recueil d'arrêts. Livre 18, titre 6, arrêt 35.
(4) Le Maistre. Traité des Criées. Chap. 32, n° 4.

gissait dans l'hypothèse examinée par Brodeau et qui avait donné lieu à un arrêt du 8 janvier 1607 de savoir si l'ordonnance de Moulins de 1566 qui réglementait définitivement l'hypothèque judiciaire, s'appliquait aux pays de nantissement tels que les régions soumises à la coutume d'Amiens et de Ponthieu. C'est là une question sur laquelle j'aurai à revenir : Brodeau conformément à la décision rendue donne à l'ordonnance une portée générale et tout en les déclarant abrogées, rappelle les règles anciennes : « *par la dis-* « *position du droit, une sentence n'emporte et ne* « *produit point d'hypothèque mais donne seulement* « *actionem utilem in factum vel ex judicato..... et* « *telle était notre ancienne pratique.* » Et plus loin, citant Le Maistre : « *la sentence n'emporte hypothè-* « *que que du jour qu'elle est exécutée et qu'en vertu* « *d'icelle il y a saisie sur le condamné* ».

Papon (1) expose la même théorie et résout même à ce sujet une difficulté qui met bien en relief le caractère de l'hypothèque dérivant de l'exécution : « *sen-* « *tences et condamnations n'emportent hypothèques...* « *et commence l'hypothèque du jour de la saisie de* « *gage et exécution de la dite sentence, etc.....* » Papon suppose qu'un créancier veuille faire saisir en vertu d'une condamnation alors qu'un autre créancier a déjà exécuté une première sentence par une précédente saisie. L'auteur décide que le second créancier ne pourra saisir car : « *saisie sur saisie*

(1) Papon. Recueil d'arrêts. Livre 18, titre, 6 arrêt 35.

n'est pas recevable. » Cependant s'il forme opposition à la saisie et aux criées, il sera colloqué parmi les créanciers hypothécaires ; en effet : « l'*opposition* « *servira d'exécution et devra tenir lieu de saisie pour* « *ledit créancier opposant quant à l'effet d'induire* « *ladite hypothèque.* » Il serait difficile d'établir plus clairement que l'hypothèque n'est qu'une conséquence de l'exécution.

Une dernière citation démontrera complètement l'exactitude de cette théorie. Davot (1) s'exprime ainsi : « *les condamnations prononcées par des jugements* « *ne donnaient pas d'hypothèque suivant le droit ro-* « *main et notre ancienne pratique à moins que la* « *sentence fût exécutée par saisie.* » Dumoulin (2) émet également la même opinion.

Il est donc certain que le *pignus prætorium* et le *pignus in causâ judicati* avaient tout d'abord passé dans notre ancien droit avec le caractère et les effets qui leur étaient attachés au dernier état du droit romain. Il est assez facile de se rendre compte de cette longue immobilité dans notre législation sur ce point particulier. Nous savons en effet que dans certains pays appelés pays de nantissement, la constitution de droits réels sur les immeubles, la constitution de l'hypothèque par conséquent, devait être accompagnée de certaines formalités « *œuvres de loi, devoirs de loi, main-mise, mise de fait* » qui at-

(1) Davot. A la suite du n° 504 des Institutes coutumières de Loysel édition Dupin et Laboulaye.

(2) Dumoulin. Sur Reims, n° 180.

testaient l'affectation du bien grevé à la garantie d'une créance. Cette pratique se maintint longtemps dans quelques pays; elle subsista jusqu'à l'édit de 1771 dans certaines coutumes du Parlement de Paris (Vermandois, Châlons, Reims, etc...); dans le ressort du Parlement de Flandres et du conseil d'Artois elle survécut même à l'édit de 1771. La nécessité de cette tradition s'est donc longtemps perpétuée, à l'état d'exception il est vrai; mais la vitalité de cette institution nous montre qu'elle devait exister d'une manière générale et uniforme à l'origine, c'est-à-dire à l'époque du droit féodal. C'était en effet une reconnaissance du droit éminent du seigneur puisqu'au début cette tradition s'opérait par l'intermédiaire du seigneur ou de ses officiers ; le débiteur était censé se *dévestir* du droit d'hypothèque entre les mains du seigneur qui à son tour en *vestissait* le créancier.

Aussi l'on comprend que l'hypothèque judiciaire fût incompatible avec un pareil système, car le seul fait d'un jugement rendu ne peut présenter aucune analogie avec les formalités du *vestissement* et du *dévestissement*, de la *saisine* et *désaisine*, de la *main assise* et de la *mise de possession* qui étaient les modes les plus fréquents de nantissement.

L'adoption des effets du *pignus prætorium* et du *pignus in causâ judicati* laissait donc subsister une harmonie complète dans la législation hypothécaire de cette période, puisque l'hypothèque ne grevait les biens du débiteur qu'à partir de la main-mise opérée

par une saisie dont les formalités pouvaient remplacer celles du *vest* et du *dévest*.

Cette explication me paraît certaine et ce qui vient l'appuyer surtout, c'est la résistance que les coutumes des pays de nantissement opposèrent à l'introduction de l'hypothèque judiciaire même après que l'ordonnance de Moulins lui eut donné une consécration indiscutable. Cette résistance, nous l'avons constatée déjà, nous la constaterons encore ; elle présente un des traits caractéristiques de l'histoire de l'hypothèque judiciaire.

DEUXIÈME PÉRIODE

DE 1510 A L'ORDONNANCE DE MOULINS DE 1566

La nécessité d'une tradition réelle ou feinte pour arriver à la constitution des droits réels étant le grand obstacle qui s'opposait à la naissance de l'hypothèque judicaire, il est naturel que la disparition de cette formalité dans la plupart des coutumes ait amené, grâce à un progrès de législation continu en ce qui concerne l'établissement des hypothèques en général, la formation lente de notre institution.

On arriva en effet peu à peu à considérer l'authenticité donnée aux actes par leur passation devant un notaire, comme pouvant remplacer les formalités du *vest* et *dévest*, *main-mise* ou *mise de possession*. En pure théorie ce n'était peut être pas une amélioration car le nantissement avait au moins le mérite de donner à

l'hypothèque une publicité à laquelle l'authenticité de l'acte notarié ne pouvait pas suppléer, puisque la constitution du droit réel n'était révélée aux tiers par aucune inscription.

Quoi qu'il en soit, il est certain que de très bonne heure dans notre ancien droit, les actes notariés donnèrent naissance à une hypothèque générale, portant sur tous les biens présents et à venir du débiteur, même lorsque l'acte notarié était muet sur sa constitution.

C'était une hypothèque d'un caractère mixte, à la fois conventionnelle et légale ; conventionnelle puisqu'elle dérivait d'un contrat, légale puisqu'elle résultait même tacitement de ce contrat et qu'elle s'étendait à tous les biens présents et à venir. C'est là un point qui ne peut faire aucun doute. Loyseau (1) l'établit en termes très nets : « *et encore en France on a passé bien plus oul-* « *tre car pour ce qu'en tous les contrats par un* « *style ordinaire des notaires on s'est accoutumé d'in-* « *sérer la clause d'obligation de tous les biens, on a* « *enfin tenu pour règle que tous contrats portaient* « *hypothèque sur tous les biens, comme cette clause* « *étant sous-entendue, si elle avait été omise.* » Il était logique d'attribuer le même effet aux jugements, auxquels l'autorité des juges donne une authenticité non moins grande que celle qui peut résulter, pour les actes passés devant notaires, du caractère public de ces officiers. Le pas ne fut point cependant franchi immédiatement, sans doute à cause de l'enracine-

(1) Loyseau. Déguerpissement, liv. 3, chap. 1, n° 15.

ment dans notre droit du *pignus prætorium* et du *pignus in causâ judicati captum* dont on eut ainsi modifié profondément les effets. Le progrès ne fut réalisé d'abord que sur un point déterminé.

Lorsqu'on eut fait résulter l'hypothèque des actes authentiques, il s'introduisit en pratique l'usage de faire donner par devant notaires l'authenticité aux reconnaissances de dettes, aux « *cédules privées portant promesse de payer.* » On avait ainsi pour but d'attacher avec le consentement des parties une hypothèque à la garantie d'une créance qui originairement en était privée. On s'aperçut alors qu'il n'y avait aucun motif de ne pas attribuer le même effet aux jugements qui auraient amené la reconnaissance forcée d'une cédule contestée par l'une des parties. A partir de ce moment l'hypothèque judiciaire était née.

Le premier document certain qui nous révèle l'apparition de l'hypothèque judiciaire dans ce cas spécial, est l'article 78 de l'ancienne coutume de Paris rédigée en 1510, date que j'ai assignée comme point de départ à cette deuxième période de mon historique. Cet article qui légèrement modifié devint l'article 107 lors de la nouvelle rédaction de la coutume en 1580 est ainsi conçu : « *une cédule privée qui porte promesse* « *de payer emporte hypothèque du jour de la confes-* « *sion d'icelle en justice.* » Il en était de même dans beaucoup d'autres coutumes. Ainsi celles d'Etampes (art. 70), de Montfort (art. 71), de Mantes (art. 64), d'après lesquelles peu importe que le juge soit laïque ou d'église, disposition qui forme le point de départ

d'une controverse sur laquelle je reviendrai ; de Senlis (art. 249), de Valois (art. 16) etc. (1).

L'ordonnance de Villers-Cotterets « *sur le fait de la justice* », rendue par François Ier en avril 1539 vient donner une portée générale à la disposition de l'article 78 de l'ancienne coutume de Paris en formulant les règles de la nouvelle institution.

Tel est l'objet des articles 92 et 93. Article 93 : « *si aucun est ajourné en connaissance de cédule, « compare ou conteste déniant sa cédule et si par « après est prouvée par le créancier ; l'hypothèque « courra et aura lieu du jour de la dite négation et « contestation.* » (2) L'hypothèque existe donc du jour de la reconnaissance, ou en cas de contestation du jour du jugement.

Elle est générale, grève tous les biens présents et à venir par le seul fait de la sentence rendue sans qu'il soit besoin d'une saisie ; elle constitue donc bien maintenant une garantie véritable d'exécution et non une conséquence de l'exécution.

L'hypothèque garantit la créance portée sur la cédule, les intérêts et les frais. Bien plus, pour punir la mauvaise foi de ceux qui dénient leur signature l'article 8 de l'ordonnance de Roussillon (3) rendue en janvier 1563 par Charles IX porte que « *ceux qui dénie- « ront leur seing apposé en leurs cédules ou promesses « par écrit, seront condamnés après vérification du*

(1) Dumoulin. Conférences de la coutume de Paris, sur l'article 107.
(2) Isambert. Anciennes lois françaises, tome 12 : à sa date.
(3) Isambert, tome 14 : à sa date.

« *contraire au double de la somme portée par les dites* « *cédules ou promesses, sans que les juges puissent* « *la modérer.* » L'hypothèque garantissait aussi certainement l'exécution de cette condamnation au double.

J'en ai fini avec l'étude de cette seconde période qui nous a fait assister à la formation de l'hypothèque judiciaire dans une hypothèse où sa naissance était logiquement amenée par les changements opérés dans les modes de constitution des droits réels.

TROISIÈME PÉRIODE

DE 1566 AU DROIT INTERMÉDIAIRE

C'est à l'ordonnance de Moulins, rendue en 1566, que l'on doit la réglementation complète de l'hypothèque judiciaire qui n'existait auparavant qu'à l'état d'exception dans le seul cas prévu par la coutume de Paris et l'ordonnance de 1539. L'atteinte portée aux anciens principes relatifs à l'exécution des jugements devait forcément produire la généralisation des conséquences attribuées déjà aux jugements en matière de reconnaissance de cédules. Une sentence judiciaire constitue l'acte authentique par excellence ; il n'y avait aucune bonne raison de ne pas accorder à toutes les sentences portant condamnation les effets déjà attachés à tous les actes notariés et à une catégorie particulière de jugements. Ce progrès, nécessairement

indiqué par la logique, l'ordonnance de Moulins le réalise (1).

Cette ordonnance fut rendue en février 1566 par Charles IX sur « *la Réforme de la justice* », sous l'inspiration du chancelier Michel de l'Hospital. Au milieu de dispositions diverses elle renferme un véritable code de procédure civile et les règles qu'elle édicte sont restées en vigueur pendant tout l'ancien régime au point qu'un arrêt de cassation du 29 décembre 1827 la déclare encore applicable à la Guadeloupe et à la Martinique. C'est l'article 53 de l'ordonnance qui organise l'hypothèque judiciaire : « *dès « lors et en l'instant de la condamnation donnée en « dernier ressort et du jour de la prononciation, sera « acquis à la partie droit d'hypothèque sur les biens « du condamné, pour l'effet et exécution du jugement « ou arrest par elle obtenu.* » La généralité de l'art. 53 et la concision exagérée des termes par lesquels il réglemente et organise une institution à peu près inconnue jusqu'alors devaient bientôt donner lieu aux plus vives controverses.

Je grouperai sous deux points principaux l'examen des règles principales de l'hypothèque judiciaire et des plus graves difficultés soulevées par l'article 53 : 1° caractère de l'hypothèque judiciaire ; de quelles condamnations elle garantit l'exécution ; quelle est sa date.

2° De quels jugements elle dérive.

(1) Isambert. Tome 14 : à sa date.

§ I

CARACTÈRE DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE. — DE QUELLES CONDAMNATIONS ELLE GARANTIT L'EXÉCUTION. — QUELLE EST SA DATE ?

L'hypothèque qui résulte des jugements a un caractère absolument général ; elle grève tous les biens présents et à venir du condamné.

Elle les grève pour assurer le paiement de la somme principale. C'est en effet son but immédiat. Elle garantit aussi le paiement des condamnations accessoires. Bien que l'article 53 ne s'en explique pas formellement, cette solution résulte implicitement de ses termes : « *Sera acquis à la partie droit d'hypo-* « *thèque sur les biens du condamné pour l'effet et* « *exécution du jugement ou arrest par elle obtenu.* » Il est évident que le paiement des condamnations accessoires rentre dans l'exécution du jugement. Ce point ne souleva aucune difficulté et fut consacré par des arrêts de la Chambre de l'Edit du Parlement de Grenoble en date des 18 février 1615, 3 novembre 1616, novembre 1620 et 10 juillet 1621 (1). La solution est aussi la même en ce qui concerne les intérêts et dommages-intérêts dont le paiement fait également partie de l'exécution du jugement. De même, dans le cas déjà indiqué plus haut et prévu par l'article 8 de l'ordonnance de Roussillon rendue en 1563, l'hypothèque judiciaire qui n'existe alors que relativement

(1) Brodeau. Sur Louët, lettre D, som. 2 n° 13.

aux jugements de reconnaissance de cédules garantit le paiement du double de la somme portée sur la cédule vérifiée malgré les dénégations du débiteur. Ajoutons enfin que le jugement produit hypothèque alors même que les condamnations qu'il prononce ne seraient pas liquides; par exemple lorsque les juges déclarent que les dommages-intérêts seront fixés postérieurement sur état. En effet l'hypothèque qui dérive d'une convention peut être affectée à la garantie d'une créance non liquide; or on peut jusqu'à un certain point rattacher le jugement à une sorte de contrat judiciaire intervenu entre les parties, d'après lequel elles ont consenti à s'en remettre, pour trancher leur différend, à la décision des juges. Du reste, du jour où la sentence est rendue, la condamnation existe en principe et doit produire les effets qui lui sont attachés; peu importe que le chiffre n'en soit pas immédiatement déterminé. Pothier (1) qui formule cette règle fait remarquer très exactement qu'elle constitue la différence capitale entre l'hypothèque et le droit d'exécution.

L'hypothèque judiciaire a pour point de départ le jour du jugement lui-même. Mais l'article 53 de l'ordonnance de 1566 était conçu dans des termes qui forçaient en cas d'appel à faire courir l'hypothèque seulement du jour du jugement rendu sur appel: « *De l'instant de la condamnation donnée en dernier « ressort.* »

1) Pothier. Traité de l'hypothèque, chap. I, sect. I, article 2.

Sur des remontrances faites au roi par le parlement de Paris, la déclaration du 10 juillet 1566 dans son article 11 (1) vient décider « *que l'hypo-* « *thèque sur les biens du condamné, aura lieu et effet* « *du jour de la sentence si elle est confirmée sur* « *appel, ou que d'icelle il n'y ait appel.* » C'est une véritable modification à la règle de l'article 53. L'appel suspendra donc simplement l'hypothèque.

Pour les jugements rendus par défaut l'hypothèque ne date que du jour de leur signification à procureur. Telle est la disposition de l'ordonnance de Saint-Germain-en-Laye (2) d'avril 1667 (titre 35, article 11) qui rappelle en même temps le principe que pour les jugements contradictoires l'hypothèque est produite indépendamment de toute signification. L'opposition suspend l'hypothèque de même que l'appel; mais si l'opposant est débouté de son opposition, l'hypothèque datera du jour de la signification de la première sentence et non du jour de la prononciation; c'est une conséquence de la règle que nous venons de constater (3).

L'ordonnance de 1566 avait une portée générale et les termes de ses articles 2, 3, 4, 5 et 6 montrent qu'elle devait s'étendre à toute la France.

Néanmoins la Normandie tout en l'acceptant n'appliqua pas complètement les règles que nous venons d'établir et qui formaient le droit commun du royaume.

(1) Isambert. Tome 14: à sa date.
(2) Isambert. Tome 18: à sa date.
(3) Pothier. Traité de l'hypothèque, loc. cit.

Nous avons reconnu que l'article 53 de l'ordonnance de Moulins ne semblait faire résulter l'hypothèque que de la sentence rendue en dernier ressort; c'était favoriser les créanciers qui auraient pu acquérir un droit réel entre la première sentence et l'appel, par l'application d'un principe que l'on prétendait fonder sur le droit romain et que l'on formulait ainsi : « *Appellatio exstinguit judicatum.* » Mais comme il était injuste de laisser la partie gagnante à la merci d'un débiteur de mauvaise foi qui, grâce à un appel sans motif, aurait pu constituer des hypothèques au profit d'autres créanciers entre le premier jugement et la confirmation de ce jugement sur appel, nous avons vu que la déclaration de juillet 1566 faisait courir l'hypothèque du jour de la première sentence. L'article 595 de la coutume de Normandie poussait la préoccupation d'éviter cet inconvénient encore plus loin et décidait d'une façon certaine que l'hypothèque, en ce qui concerne les dépens et les intérêts, naissait du jour de l'introduction du procès, c'est-à-dire du jour de l'ajournement. Quant à la somme principale, Basnage (1) ne mettait pas en doute qu'il n'en fût de même. Béraut (2) était du même avis et cette opinion était généralement suivie. Cependant il faut noter que Flaust (3) prétendait restreindre aux dépens l'application de l'article 595 et voulait régler l'hypothèque relative à la condamnation principale d'après l'article

(1) Basnage. Traité des hypothèques. Rouen 1778, chap. 6 § 16.
(2) Béraut. Commentaire de la coutume de Normandie, sur l'art. 595.
(3) Flaust. Coutume de Normandie, tome II, titre 16, chap. 8 § 2.

53 de l'ordonnance de Moulins. C'était certainement plus juridique, car l'article 595 de la coutume de Normandie ne parle que des dépens : « *exécutoires de « dépens en Normandie prennent hypothèque du jour « de l'introduction du procès et non du jour de la « condamnation.* » Quoi qu'il en soit et quelque portée qu'on lui donne, l'article 595 apportait une dérogation considérable à l'article 53 de l'ordonnance de 1566.

Une autre question tout aussi controversée était celle de savoir si l'article 595 s'appliquait aux jugements rendus en dehors de la Normandie mais entre personnes domiciliées dans cette province.

A propos d'une instance portée devant le conseil privé du roi, on avait prétendu que dans cette hypothèse il fallait appliquer l'article 595 de la coutume parce qu'on devait considérer, non pas le lieu où le jugement avait été rendu, mais la qualité et le domicile des parties. Cette théorie qui n'était guère soutenable fut rejetée par un arrêt de la Grand'Chambre du 7 décembre 1683 (1).

J'ai déjà eu l'occasion de signaler l'obstacle que l'usage général à l'origine des formalités du nantissement avait apporté à la naissance de l'hypothèque judiciaire, et j'ai établi que notre institution n'avait pu se former qu'après la disparition progressive de ces pratiques. Aussi n'est-il pas étonnant que dans les pays de nantissement où la nécessité du *vest* et du *dévest, main-mise,* etc..., s'était perpétuée, l'article 53

(1) Basnage. Loc. cit.

de l'ordonnance de Moulins n'ait été admis qu'avec une assez grande difficulté.

D'après ces coutumes, en effet, la sentence n'était pas regardée comme la source possible d'une hypothèque. La coutume de Vermandois (article 125) et celle de Reims (article 180) par exemple, déclaraient que la sentence n'emportait hypothèque que du jour « *de l'exécution ou nantissement d'icelle.* » Aussi trouvons-nous, à la fin du XVI[e] siècle et au commencement du XVII[e], de nombreux arrêts contradictoires rendus par les parlements des pays de nantissement. Un arrêt de la Grand'Chambre du 21 mars 1606, un autre du 8 janvier 1607 appliquent l'article 53 de l'ordonnance de Moulins aux pays de nantissement parce que : « *Le droit introduit par l'ordonnance est « public et général et doit avoir lieu aux pays et « coutumes de nantissement... parce que la sentence « étant publique n'a point besoin de nantissement* (1).» Même solution est donnée par un arrêt du 23 décembre 1613 et un autre du 22 février 1611 rendus cependant tous deux en la coutume de Reims dont l'article 180 contenait une disposition contraire. Un arrêt du 9 juin 1627 rendu en la coutume de Vermandois décide autrement. Mais la théorie qu'il consacrait ne pouvait prévaloir sur la portée générale qu'il fallait attribuer à l'ordonnance de Moulins. En effet un arrêt de règlement de la troisième Chambre des enquêtes du 29 juillet 1623 avait déjà déclaré l'ordonnance de

(1) Sur toute cette question voir Brodeau, sur Louët, lettre H som. 25.

Moulins applicable à la sénéchaussée de Ponthieu et et au bailliage d'Amiens ; un autre du 7 septembre 1644 porte qu'en la coutume de Valois les sentences quoique non ensaisinées produiront hypothèque non seulement pour rentes constituées, mais pour simples obligations. Devant ces décisions la divergence s'effaça peu à peu, et l'hypothèque judiciaire finit par prendre racine dans les pays de nantissement comme dans le reste du royaume ; il fallut même lui reconnaître plus de puissance qu'à celle qui résultait du nantissement puisqu'elle était générale et portait sur tous les biens présents et à venir du condamné.

C'est donc vers la deuxième moitié du XVII[e] siècle que notre institution apparaît avec un caractère de généralité complète et reçoit son application dans toute la France.

A ce moment ses règles sont certaines et peuvent se résumer ainsi : c'est une véritable hypothèque légale qui grève tous les biens présents et à venir du condamné, garantit les condamnations principales et accessoires, et pour toutes ces condamnations, sauf en ce qui concerne les dispositions de l'article 595 de la coutume de Normandie, prend rang du jour du jugement (arrêt du 17 février 1588) (1). Cependant sur ce dernier point il faut noter qu'après quelques luttes la jurisprudence finit par établir une règle différente dans un cas particulier. Lorsqu'une obligation avait été contractée par un acte passé devant notaire, on se

(1) Brodeau. Sur Loüet, lettre H som. 4.

rappelle que cet acte, du jour de sa rédaction, emportait hypothèque générale sur les biens du débiteur ; l'hypothèque, et c'était très logique, avait la même date pour les dépens et dommages-intérêts qui pouvaient plus tard être adjugés au créancier quand le contrat portait la clause « *à peine de tous dépens et dommages-intérêts.* » Mais lorsque cette clause avait été omise, il aurait été peut-être assez juridique d'admettre que les dépens et dommages-intérêts qui résulteraient d'un jugement postérieur relatif à l'obligation, n'emporteraient hypothèque que du jour de la sentence. C'est ce que décidèrent un arrêt du 5 juillet 1593 du parlement séant à Tours et un autre du 20 mai 1603. Mais la solution contraire apparut dans des arrêts du 10 mai 1596, du 30 août 1608 ; elle fut consacrée encore par d'autres arrêts du 2 août 1614 de la troisième Chambre des enquêtes, du 26 janvier 1628 de la Chambre de l'Edit, du 7 septembre 1634 qui déclarèrent que la clause « *à peine de tous dépens et dommages-intérêts* » devait être sous-entendue (1). Il paraît néanmoins que le parlement de Toulouse avait toujours refusé d'admettre cette jurisprudence et continuait à suivre la doctrine des premiers arrêts.

§ II

DE QUELS JUGEMENTS RÉSULTE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE ?

Le principe formulé très nettement par Pothier (2) est qu'en règle générale tous les jugements, de quel-

(1) Brodeau. Sur Louët, lettre D som. 42, nos 4 et 5.
(2) Pothier. Traité de l'hypothèque, chap. 1, section 1, art. 2.

que juridiction qu'ils émanent, pourvu que ce soit une juridiction laïque, emportent hypothèque : « *les « jugements des juges inférieurs comme les juges sou- « verains ; des juges de justice de seigneur comme « des juges royaux ; des juges d'attribution comme « des juges ordinaires ; même ceux des juges consuls « emportent hypothèque sur tous les biens présents et « à venir des parties pour les condamnations qui y « sont prononcées contre elles.* »

Il en est de même des jugements rendus à l'étranger par les consuls français. Quant aux sentences des arbitres elles ne peuvent par elles seules donner lieu à l'hypothèque judiciaire, car émanant de simples particuliers elles ne sont pas revêtues du caractère d'authenticité qui leur serait nécessaire pour produire cet effet. Il en est ainsi alors même que le compromis renfermerait une clause destinée à leur attacher cette garantie. Mais l'hypothèque en résultera lorsque les parties auront acquiescé devant notaires à la sentence ou qu'elle aura été homologuée en justice (1).

Les jugements étrangers n'engendrent pas non plus par eux-mêmes l'hypothèque en France. Pothier se borne à formuler la règle ; mais Bourjon (2) est plus explicite et tout en reconnaissant que par eux-mêmes les jugements rendus en pays étranger ne peuvent produire l'hypothèque, il déclare que par l'effet d'un simple *pareatis* ils emporteront hypothèque sur les biens du condamné en France. Il faut bien

(1) De Ferrière. Coutume de Paris, sur l'art. 170, page 1204, tome II.
(2) Bourjon. Droit commun de la France, tome II, titre 6 section 5.

remarquer, car cette disposition servira plus tard d'argument à l'un des systèmes que nous aurons à exposer sur la même question en droit civil, il faut remarquer que pour Bourjon les juges français n'auront pas à examiner le fond du procès « *car*, dit-il, *ces « jugements ont la force de chose jugée et le condamné « n'est point admis à en faire la critique.* » Et plus loin, rappelant un arrêt rendu dans un procès où il plaidait pour des étrangers : « *On rejeta tout examen « sur le fond et tout se réduisit à la forme pour l'exé- « cution de l'hypothèque, la maxime* res judicata pro « veritate habetur *étant du droit des gens.* » Toutefois le point de savoir si les juges pouvaient examiner le fond et si les jugements avaient force de chose jugée, était vivement discuté. L'article 121 de l'ordonnance de 1629 ou code Michaud faisait une distinction sur laquelle j'aurai à revenir longuement. Quant à la nécessité d'un *pareatis* la solution est certaine et ne semble pas avoir donné lieu à controverses ; c'est du reste celle qui prévalut aussi pour les actes passés devant notaires à l'étranger, malgré quelques difficultés à l'origine. On voulut d'abord donner la force exécutoire à ces contrats sans exiger qu'ils fussent revêtus d'aucun *pareatis*. Une pareille doctrine ne pouvait pas triompher, elle disparut peu à peu.

J'ai posé en principe que tous les jugements produisent l'hypothèque judiciaire pourvu qu'ils émanent d'une juridiction laïque. Dans l'ancien droit en effet on n'attachait pas l'hypothèque aux sentences rendues

par les juridictions ecclésiastiques. Toutefois cette disposition ne prévalut pas sans quelques luttes qu'il est intéressant de retracer rapidement, car elles se relient à la question si complexe des rapports et des conflits entre l'Eglise et l'Etat sous l'ancien régime.

Il est certain que quelques coutumes lors de la première apparition de l'hypothèque judiciaire comme résultat des jugements de reconnaissances de cédules ne distinguaient pas si la sentence avait été rendue par des juges séculiers ou des juges d'Eglise. Telle est par exemple la coutume de Montfort (article 71): « *Du jour que... elle sera tenue pour reconnue soit « par devant le juge d'Eglise, ou le juge séculier.* » De même celle d'Etampes (article 70), et celle de Mantes (article 63) sont non moins explicites « *soit « que la reconnaissance soit faite par devant le « juge lay ou par devant le juge d'Eglise (1).* » Au contraire la coutume de Montargis (chapitre 20, article 14) porte que les gens d'Eglise pourront être contraints de reconnaître leurs cédules devant des juges laïques. Un arrêt du 4 juillet 1537 est formel dans le même sens. L'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 vient consacrer la même doctrine par les termes qu'elle emploie dans son article 92 : « *Toutes personnes qui seront ajournées « en reconnaissance de cédules, seront tenues icelles « reconnaître ou nier... par devant le juge séculier.* » Un arrêt du 4 juillet 1557, un autre du 17 février

(1) De Ferrière. Coutume de Paris, conférence sur l'art. 107.

1558 sont encore conformes à cette théorie ; enfin l'ordonnance de Roussillon, de janvier 1563, dans son article 10 dispose que les juges royaux sont compétents pour la reconnaissance des cédules, même à l'égard des personnes ecclésiastiques. Sans doute l'ordonnance de Moulins qui en 1566 a généralisé l'hypothèque judiciaire est muette sur ce point, mais il faut croire qu'elle ne crut pas devoir s'expliquer sur une question qui à cette époque ne faisait plus guère de doute.

Telle est l'opinion des principaux auteurs, par exemple Dumoulin (1) et Louët (2) qui cependant hésite quelque peu avant de se prononcer.

Brodeau (3), Ferrière (4), Durand de Maillane (5), et Pothier (6) adoptent la même théorie qui pour eux résulte sans aucune hésitation possible des principes relatifs à la juridiction ecclésiastique. Cette juridiction ne s'exerce pas sur le temporel ; comme le dit très exactement Brodeau : « *N'ayant point de territoire,* « *elle n'a aucun droit de s'entremettre en ce qui est de* « *la réalité comme est l'hypothèque.* » Aussi ses sentences doivent pour s'exécuter emprunter l'autorité du bras séculier ; par conséquent elles ne peuvent

(1) Dumoulin. Apostilles sur l'art. 78 de l'ancienne coutume de Paris. Commentaire de l'ordonnance de 1539, sur l'art. 92.

(2) Brodeau. Sur Louët, lettre H som. 15.

(3) Brodeau. Eod. loc.

(4) Ferrière. Sur l'article 170 § 3, n° 5.

(5) Durand de Maillane. Dictionnaire de droit canonique, v° hypothèque et v° bras séculier.

(6) Pothier. Traité de l'hypothèque, loc. cit.

emporter hypothèque, pas plus que les actes ou concontrats passés sous le scel ecclésiastique. Pour les contrats, cette disposition fut même l'objet de l'article 20 des libertés de l'église gallicane recueillies par Pierre Pithou.

Sans doute quelques atteintes furent portées à ce principe; par exemple un édit de 1695 dans son article 44 décide que les jugements des officiaux seront exécutoires sur les biens du condamné sans aucun *pareatis* du juge royal. Mais Pothier explique que cette exception ne doit pas être étendue, et que l'hypothèque n'étant qu'une garantie de l'exécution et ne rentrant pas dans l'exécution même de la sentence, n'est pas visée par l'édit de 1695. Il faut remarquer aussi que l'article 44 n'attache pas la force exécutoire aux jugements des officiaux eux-mêmes, mais la fait résulter d'une loi du prince qui est une sorte de *pareatis* général. Enfin Durand de Maillane ajoute que l'édit de 1695 ne s'appliquait qu'en matière criminelle.

QUATRIÈME PÉRIODE

DROIT INTERMÉDIAIRE

Deux critiques capitales pouvaient être faites, il me semble, au système hypothécaire de l'ancien droit et spécialement à l'hypothèque judiciaire; l'absence de publicité et la généralité.

La loi du 9 messidor au III (27 juin 1795) voulut remédier au premier de ces inconvénients. Dans son

article 10 elle consacre l'existence de l'hypothèque judiciaire et dans l'article 22 elle dispose que l'hypothèque résultant d'un jugement prendra date du jour de ce jugement si elle est inscrite dans le mois; sinon elle courra du jour de son inscription.

Le principe de la publicité inauguré par la loi de Messidor était excellent en lui même, mais les moyens d'exécution étaient impraticables. Aussi après de nombreuses prorogations successives destinées à en retarder l'effet, la loi de Messidor fut remplacée, sans avoir jamais passé dans la pratique, par la loi du 11 Brumaire an VII.

La loi du 11 Brumaire an VII (1er novembre 1798) reproduit le principe de la publicité en l'entourant de formalités moins compliquées. De plus, et c'est là, je crois, une innovation très heureuse sur laquelle j'aurai à revenir dans la troisième partie de cette étude, son article 4 § 2 restreint les effets de l'hypothèque aux biens présents du débiteur.

Sous le droit intermédiaire l'hypothèque judiciaire subit donc une transformation très marquée qui résulte logiquement des changements apportés par les lois de Messidor an III et Brumaire an VII aux règles anciennes de notre régime hypothécaire tout entier. Ce n'est pas ici le lieu d'apprécier ces modifications que je considère comme des progrès véritables de législation ; je le ferai dans l'examen critique auquel je devrai me livrer en terminant ce travail.

Ce qu'il faut retenir au point où nous en sommes arrivés, c'est qu'au moment de la rédaction du code

civil, l'hypothèque judiciaire s'est enracinée profondément dans notre droit, qu'elle est soumise, sauf les deux innovations très importantes du droit intermédiaire, à des règles anciennes dont le développement a été la conséquence nécessaire des progrès réalisés dans les idées juridiques, par suite d'un travail incessant de transformation que j'ai essayé de fixer dans ses principaux traits.

DEUXIÈME PARTIE

Code civil

Lorsque les rédacteurs du code civil sont arrivés à l'élaboration du titre des privilèges et hypothèques, ils se sont trouvés en ce qui concerne notre institution en face d'une théorie déjà toute faite et absolument homogène. Aussi, devant des traditions certaines et constantes, il ne paraît pas que la question du maintien ou de la suppression de l'hypothèque judiciaire dans son principe, ait donné lieu à la moindre difficulté.

En effet l'article 2123 qui est le siège de notre matière forme l'article 32 du projet du titre des privilèges et hypothèques rédigé par la commission. Il est adopté sans discussion par le conseil d'Etat dans la séance du 5 ventôse an XII. Le 13 ventôse an XII le projet est communiqué officieusement au tribunat dont la section de législation ne fait aucune observation sur l'article 32. Le 22 ventôse le conseil d'Etat arrête la rédaction définitive et ajoute à la fin de l'article le dernier membre de phrase relatif aux traités qui peuvent intervenir à propos de l'exécution en France des jugement étrangers. Le 26 pluviôse le tribunat adopte le projet, et dans son exposé des motifs qui accompagne la présentation du projet au Corps législatif le 28 ventôse, Treilhard explique la modification apportée à la loi de Brumaire relative-

ment à la généralité de l'hypothèque judiciaire : « *car « on ne peut pas dire dans ce cas, comme dans le cas « de l'hypothèque conventionnelle, que les parties ont « réglé la mesure du gage ; les tribunaux condamnent « et leurs jugements sont exécutoires sur tous les biens « du condamné* (1).

Le discours de Grenier reproduit les idées de Treilhard et dans la séance du même jour (28 ventôse), le corps législatif adopte le projet et la rédaction de l'article 32 telle qu'elle avait été arrêtée par le conseil d'Etat et telle qu'elle a passé dans l'article 2123 du code civil.

Ce sont les deux articles 2117 et 2123 qui feront l'objet de notre commentaire ; aussi je crois devoir les mettre en tête des explications qui vont suivre. Ils sont ainsi conçus :

« *Article 2117 § 2. L'hypothèque judiciaire est celle « qui résulte des jugements ou actes judiciaires.*

« *Article 2123. L'hypothèque judiciaire résulte des « jugements, soit contradictoires, soit par défaut, dé- « finitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a « obtenus. Elle résulte aussi des reconnaissances ou vé- « rifications, faites en jugement, des signatures appo- « sées à un acte obligatoire sous seing privé.*

« *Elle peut s'exercer sur les immeubles actuels du « débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir, sauf « aussi les modifications qui seront ci-après expri- « mées.*

(1) Fenet. Tome 15, page 455.

« *Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque*
« *qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance ju-*
« *diciaire d'exécution.*

« *L'hypothèque ne peut pareillement résulter des*
« *jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils*
« *ont été déclarés exécutoires par un tribunal fran-*
« *çais ; sans préjudice des dispositions contraires qui*
« *peuvent être dans les lois politiques ou dans les*
« *traités.* »

Je n'ai pas la prétention de faire une étude absolument complète de l'hypothèque judiciaire en droit français, ni de prévoir et de résoudre toutes les questions qui s'y rattachent et qui ont pu naître dans la pratique. C'est un travail qui m'entraînerait beaucoup trop loin et qui serait en dehors du but que je me suis proposé. Cette étude est en effet avant tout une étude historique, théorique et critique.

J'ai déjà examiné le développement progressif de notre institution ; je veux maintenant en déterminer les éléments principaux en droit civil, sans chercher à approfondir toutes les questions de détail dont la solution découle presque toujours très facilement d'une simple application des principes essentiels de la matière. Il est du reste évident que je devrai souvent me préoccuper des décisions rendues par la jurisprudence dont j'aurai à constater l'état sur les points les plus importants.

Je répartirai mes explications sur l'hypothèque judiciaire en droit français dans les trois titres suivants :

Titre I. — Sources de l'hypothèque judiciaire.

Titre II. — Effets de l'hypothèque judiciaire. C'est-à-dire : quelles créances elle garantit, sur quels biens elle porte, au profit de qui et contre qui elle existe.

Titre III. — Inscription et rang de l'hypothèque judiciaire, réduction.

TITRE I

Sources de l'hypothèque judiciaire

L'hypothèque judiciaire est une garantie légale dont le but est d'assurer l'exécution des jugements. Cette garantie est d'ordre public, les parties ne pourraient pas y renoncer.

L'article 2117 ajoute qu'elle résulte aussi des actes judiciaires. Il est parfois assez difficile de distinguer le jugement de l'acte judiciaire, et ce n'est pas en ce moment que j'ai à rechercher d'une façon complète la différence qui les sépare. On peut dire cependant que le mot jugement, pris dans le sens qu'il faut lui attribuer ici, désigne les décisions judiciaires qui mettent fin à une contestation pendante entre deux parties et renferment une condamnation, ou tout au moins le germe d'une condamnation au profit de l'une des parties contre l'autre. L'acte judiciaire au contraire est la reconnaissance en justice, la constatation par des juges d'un fait qui ne donne pas lieu à difficulté entre les parties ; c'est aussi, dans un sens plus général, par ce terme qu'on désigne l'intervention de la justice dans certaines hypothèses où elle remplit un rôle de surveillance ou de contrôle en dehors de toute attribution contentieuse ; tel est le cas par exemple où un tribunal homologue une transaction intéressant un mineur (article 467).

D'après ces définitions, que je crois exactes, il semble que l'hypothèque ne devrait pas résulter

des actes judiciaires. En effet la raison d'attacher aux jugements une garantie d'exécution a sa base dans la nécessité qui s'impose de rendre efficace la décision destinée à terminer une contestation qui troublait l'ordre social. Lorsqu'il s'agit de la simple reconnaissance d'un fait en dehors de tout litige et de toute condamnation, l'ordre public n'est pas en jeu. L'article 2117 cependant assigne en termes formels deux sources à l'hypothèque judiciaire : 1° les jugements ; 2° les actes judiciaires. Mais on s'accorde à reconnaître et je développerai ce point, que l'article 2123 est venu restreindre la portée beaucoup trop générale de l'article 2117.

Quoi qu'il en soit il faut retenir que certains actes judiciaires produisent l'hypothèque. Aussi je diviserai mes explications sur les sources de l'hypothèqye judiciaire en deux chapitres.

Chapitre I^er^. — Etude des jugements qui donnent naissance à l'hypothèque judiciaire.

Chapitre II. — Etude des actes judiciaires auxquels elle est attachée.

CHAPITRE I

PREMIÈRE SOURCE DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE. DES JUGEMENTS

J'ai déjà défini le jugement : toute décision au moyen de laquelle une juridiction met fin à une contestation pendante entre deux parties. C'est ce sens restreint qu'il faut attribuer à ce mot en notre matière. — En effet, dans un autre ordre d'idées, on entend souvent par jugement toute décision émanant d'un tribunal quand bien même elle n'aurait pas pour but de terminer un différend et ne prononcerait pas une condamnation ; c'est une terminologie qu'il faut repousser ici avec soin pour nous attacher à la première définition qui devra toujours nous guider dans la détermination exacte de cette première source de l'hypothèque judiciaire.

Il faut donc un jugement, mais peu importe la nature de la juridiction qui l'a prononcé ; du moment qu'une décision revêt le caractère que je viens d'indiquer, les motifs d'ordre public et d'intérêt privé qui sont la base de l'hypothèque judiciaire exigent que cette garantie soit attachée à son exécution. — Il en résulte par conséquent que toutes les juridictions contentieuses peuvent rendre des sentences donnant naissance à l'hypothèque judiciaire. — Aussi je diviserai les jugements en quatre classes que j'étudierai séparément.

1° Décisions émanant des juridictions de l'ordre judiciaire.

2° Décisions émanant des juridictions de l'ordre administratif.

3° Décisions émanant des juridictions étrangères.

4° Décisions émanant des arbitres ou sentences arbitrales. — Je range en effet les sentences arbitrales dans la catégorie des jugements. — On a voulu cependant en faire des actes judiciaires en prétendant qu'elles n'emportent pas hypothèque par elles-mêmes. Il faut, pour leur attribuer la force exécutoire, une ordonnance d'*exequatur* émanant du président du tribunal civil. — Or, dit-on, cette ordonnance d'où résulte l'hypothèque n'a pas le caractère d'un jugement, elle ne statue pas sur une contestation et ne prononce pas une condamnation. C'est là, je crois, un point de vue inexact, car si l'ordonnance du président vient donner la force exécutoire à la sentence arbitrale, c'est de la sentence et non de l'ordonnance que l'hypothèque dérive; les condamnations dont elle garantit l'exécution découlent de la sentence et non de l'ordonnance. — D'ailleurs cette théorie nous amènerait logiquement à décider que les jugements étrangers et les contraintes délivrées par certaines administrations doivent être rangés parmi les actes judiciaires, car ils ne produisent hypothèque qu'après une déclaration d'exécution d'un tribunal, ou le *visa* d'un magistrat; cette solution me semblerait aboutir à une véritable confusion sur le point de départ et la nature de l'hypothèque judiciaire.

La question n'offre, du reste, qu'un intérêt de méthode, et c'est en étudiant complètement les principes

de la matière que je justifierai mon plan sur ce point spécial.

SECTION I

DÉCISIONS ÉMANANT DES JURIDICTIONS DE L'ORDRE JUDICIAIRE

I. Toutes les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent rendre des décisions emportant hypothèque.

Il n'y a donc pas à distinguer si ce sont des juridictions de droit commun ou d'exception.

Par conséquent produisent l'hypothèque judiciaire :

En première ligne naturellement les jugements des tribunaux civils et les arrêts des cours d'appel.

Les sentences des juges de paix.

Les jugements des tribunaux de commerce et même des conseils de prud'hommes.

Les jugements des tribunaux criminels lui donnent naissance : au profit des particuliers lorsqu'ils statuent sur des intérêts privés en accordant des dommages-intérêts, au profit de l'Etat pour le recouvrement des amendes qu'ils prononcent et le remboursement des frais.

Les jugements des consuls français à l'étranger.

Les ordonnances rendues par le président du tribunal civil, soit sur référé, soit dans les cas prévus par les articles 191 et 403 du code de procédure en matière de communication de pièces ou de désistement.

Les arrêts de la Cour de cassation ne donnent pas lieu à l'hypothèque judiciaire car ils ne prononcent pas de condamnations. Soit qu'ils maintiennent, soit

qu'ils cassent les décisions soumises à l'appréciation de la Cour, les condamnations résultent toujours, non pas d'un arrêt de la Cour de cassation, mais d'une sentence émanant d'une juridiction inférieure.

On pourrait peut-être cependant trouver une hypothèse où cette solution ne serait pas exacte. C'est le cas d'ailleurs très rare en pratique où une action de prise à partie serait dirigée contre une cour d'appel ou une section de cour d'appel.

C'est la Cour de cassation qui doit statuer (art. 509 cod. procéd.) ; elle prononce alors une véritable condamnation à laquelle est attachée l'hypothèque judiciaire pour garantir le paiement des frais et dommages-intérêts.

Les conseils de guerre ne peuvent jamais prononcer de condamnation à des dommages-intérêts car ils ne connaissent pas de l'action civile (art. 54 de la loi du 9 juin 1857) ; mais ils peuvent infliger des amendes (art. 186 même loi) dont l'hypothèque judiciaire assurera le recouvrement.

Les officialités ont été supprimées par la loi des 7-11 septembre 1790 (art. 13) ; elles ont été rétablies depuis sans que la loi leur reconnaisse aucune juridiction et il est évident que leurs sentences ne peuvent emporter hypothèque judiciaire.

Dans l'ancien droit du reste où elles existaient avec un caractère légal et avaient une juridiction déterminée, nous avons vu que la même solution avait fini par triompher.

Enfin les décisions du tribunal des conflits que l'on

peut classer indifféremment parmi les juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif puisqu'il est précisément chargé de statuer sur les conflits qui s'élèvent entre ces juridictions, ne produisent certainement pas d'hypothèque judiciaire. Ce tribunal on effet ne prononce jamais de condamnations.

II. Nous venons de voir que l'origine du jugement importe peu à la naissance de l'hypothèque judiciaire; peu importe également la nature du jugement.

C'est du reste la décision que nous trouvons dans l'article 2123 : « *L'hypothèque judiciaire résulte des « jugements soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires...* » L'hypothèque résulte par conséquent du jugement en dernier ressort comme du jugement en premier ressort. Quant au point de départ de l'hypothèque nous avons vu qu'après controverse on l'avait fixé dans l'ancien droit au jour de la première sentence confirmée sur appel; nous donnerons la même solution lorsque nous en serons arrivés à cette partie de nos explications.

L'hypothèque est attachée également aux jugements contradictoires ou par défaut.

Enfin l'hypothèque résulte des jugements provisoires comme des jugements définitifs. Je dis : « des jugements provisoires » et non pas « des jugements d'avant faire droit » dont les jugements provisoires ne sont qu'une espèce. C'est qu'en effet la plupart des jugements d'avant faire droit ne prononcent pas de condamnations et par suite ne constituent pas des

décisions judiciaires au sens que j'ai pris soin d'attacher à ce mot en notre matière ; presque toujours ils se bornent à ordonner des mesures d'instruction. Au contraire les jugements provisoires renferment souvent une condamnation ; ainsi par exemple celui qui dans un procès en séparation de corps ou en divorce ordonne au mari de payer à sa femme une provision *ad litem ;* ce jugement sans contredit donne lieu à l'hypothèque judiciaire.

Il faut même aller plus loin et attribuer le même effet à la sentence émanant d'un juge incompètent. C'est là une solution absolument commandée par les principes. Il est en effet de règle sous notre législation que les jugements ne sont jamais nuls de droit ; ils existent et produisent leurs effets, quels que soient les vices dont ils peuvent être affectés, tant que la nullité n'en a pas pas été prononcée.

Le respect dû aux décisions de la justice exige qu'il en soit ainsi ; la chose jugée est réputée l'expression absolue de la vérité et cette présomption ne doit pouvoir s'effacer que devant une décision supérieure intervenue dans des conditions et après l'accomplissement de formalités bien déterminées par la loi. A ces principes la loi n'a pas apporté d'exception, bien qu'un auteur qui du reste partage notre avis sur l'effet des jugements rendus par les tribunaux incompétents ait cru découvrir deux dérogations dans les articles 362 et 1028 du Code de procédure civile (1).

(1) De Vareilles-Sommières. L'hypothèque judiciaire, son passé, son présent, son avenir, page 50 et note même page.

Ces textes, en effet, prévoient une véritable action en nullité dirigée contre des décisions judiciaires, action en nullité soumise il est vrai à des conditions particulières dans ces deux hypothèses, mais dont le caractère n'en demeure pas moins certain.

La règle est donc celle-ci : tout jugement non annulé, alors même qu'il est absolument illégal, produit les mêmes effets qu'un jugement conforme aux prescriptions de la loi.

Aussi est-il assez difficile de comprendre les difficultés que quelques auteurs ont soulevées sur la question. L'autorité de l'un de ces jurisconsultes exige que je rappelle en quelques lignes sa théorie qui ne s'explique que par une confusion et un défaut de méthode évidents.

M. Troplong (1) distingue en effet l'incompétence *ratione personæ* et *ratione materiæ*. Lorsque le jugement est rendu par un juge incompétent *ratione personæ*, il produit néanmoins l'hypothèque car cette incompétence ne touche pas à l'ordre public puisque les parties peuvent la proroger. Si l'incompétence existe *ratione materiæ* il faut sous-distinguer. Lorsque la compétence du juge est limitée *ad certam summam*, les parties pourraient la proroger au-delà de cette somme car elle existe déjà en germe ; ce ne serait alors d'après les expressions de Troplong « *que « le développement d'un principe existant.* » Au contraire lorsque la compétence du juge est restreinte *ad*

(1) Troplong. Commentaire des privilèges et hypothèques. Tome II. n° 445.

certum genus causarum, les parties ne peuvent l'étendre à une affaire comprise en dehors de ce *certum genus causarum* et le jugement qui statuerait au-delà de ces limites ne saurait produire l'hypothèque judiciaire.

Telle est en résumé la théorie de Troplong, théorie qu'il a d'ailleurs empruntée à Merlin (1), à Hanrion de Pansey, et qui est aussi celle de Battur (2).

Elle a été inspirée à Troplong par le désir de concilier deux passages en apparence contradictoires de deux auteurs de l'ancien droit, Ferrière et d'Héricourt. Ferrière (3) décide que si le jugement a été rendu par un juge incompétent *ratione materiæ*, même du consentement des parties, il est nul et ne produit pas d'hypothèque. Puis plus loin au contraire (4), il déclare sans distinction que toutes les sentences rendues par des juges incompétents produisent hypothèque : « *comme aussi les sentences emportent* « *hypothèque soit qu'elles aient été données par des* « *juges compétents ou incompétents.* »

D'Héricourt (5) émet cette opinion que « *la sentence* « *rendue par un juge incompétent de connaître d'une* « *affaire, donne hypothèque au créancier du jour qu'elle*

(1) Merlin. Répertoire, v° hypothèque, page 835, col. 1.

(2) Battur. Privilèges et hypothèques, tome II, n° 350.

(3) Ferrière. Commentaire de la coutume de Paris, sur l'art. 170 § 3, n° 5.

(4) Ferrière. Questions posées aux mercuriales, à la suite de l'art. 170 § 14.

(5) D'Héricourt. Vente des immeubles, chap. II, section 2, n° 30.

« *est intervenue, quand la partie a procédé volontaire-*
« *ment devant le juge.* »

Troplong, pour mettre d'accord Ferrière avec lui-même et avec d'Héricourt, reproduit après Merlin et Hanrion de Pansey la théorie que j'ai déjà exposée ; pour lui Ferrière décide que l'hypothèque résulte des jugements rendus par un juge incompétent lorsque les pouvoirs du juge étaient susceptibles d'être prorogés par les parties. Il en était ainsi quand l'incompétence existait *ratione personæ* ou même *ratione materiæ* dans le cas où le juge aurait statué au delà d'une *certa summa ;* il faut bien en effet admettre que certaines décisions émanant d'une juridiction incompétente même *ratione materiæ* peuvent cependant engendrer l'hypothèque puisque Ferrière dans ses mercuriales sur l'article 170 n° 4 ne distingue pas.

Troplong a fait la même confusion que Merlin, Hanrion de Pansey, Bathur et Grenier. (1) Il traite en réalité la question absolument étrangère à notre sujet, de savoir dans quels cas les parties peuvent proroger la compétence d'une juridiction. — Nous n'avons pas à nous demander ici si l'hypothèque résultera définitivement d'un jugement émanant d'une juridiction incompétente, soit *ratione personæ,* soit *ratione materiæ* ; nous recherchons seulement si la décision d'un tribunal incompétent produit, au moment où elle est rendue, l'hypothèque judiciaire. A cette question je réponds affirmativement parce que

(1) Grenier. Traité des hypothèques, tome I page 418.

la décision n'est jamais nulle de plein droit, elle n'est qu'annulable et subsiste tant qu'elle n'a pas été anéantie. — C'est là un principe de droit certain et conforme à la raison, car il n'est pas possible de laisser au conservateur des hypothèques auquel on demande l'inscription le soin de décider si le jugement émane d'une juridiction compétente.

Il est évident que si le jugement est plus tard attaqué et annulé l'hypothèque s'évanouira en même temps que lui, mais notre solution n'en reste pas moins exacte; l'hypothèque aura existé conditionnellement comme conséquence du jugement.

Quant aux passages de Ferrière et de d'Héricourt il est très aisé de les concilier dans mon opinion à laquelle ils fournissent même un puissant argument. D'Héricourt, et Ferrière sur l'article 170 nous disent que le jugement incompétemment rendu produit *définitivement* l'hypothèque lorsque l'incompétence pouvait être couverte par les parties et l'a été effectivement, ce qui a lieu dans le cas où l'incompétence existe seulement *ratione personæ*: si elle existe *ratione materiæ*, dit Ferrière, l'hypothèque n'est pas produite car le jugement est nul. Ces mots: « *parce qu'elles sont nulles* » montrent bien qu'il s'agit dans l'hypothèse d'une sentence qui a été annulée. — Au contraire dans les mercuriales, c'est notre espèce qui est directement prévue; il ne s'agit plus de savoir de quels jugements incompétemment rendus l'hypothèque peut définitivement résulter, mais si elle est attachée aux décisions émanant d'un juge incompétent

tant qu'elles n'ont pas été rétractées, réformées ou annulées. Et alors Ferrière répond affirmativement dans les termes formels que j'ai rapportés, sans faire aucune distinction.

Cette théorie est celle de la plupart des auteurs, notamment celle de M. Valette (1), qui a fort bien mis en lumière la confusion dans laquelle est tombé Troplong ; de MM. Aubry et Rau (2), Paul Pont (3), etc.....

Dans la jurisprudence, on trouve deux arrêts contraires rapportée dans le répertoire de Merlin déjà cité ; l'un du 3 frimaire an IX, traite d'ailleurs une question de prorogation de compétence et ne vise pas notre hypothèse. L'autre arrêt du 22 décembre 1806 rendu à la suite du plaidoyer de Merlin a inauguré le système reproduit depuis par Troplong ; il est formel dans le sens de ces auteurs, au moins quant à ses motifs, qui se sont inspirés de la confusion commise par Merlin, car dans son dispositif l'annulation de l'hypothèque résulte bien de l'annulation de la décision rendue par une juridiction incompétente. La théorie que j'ai admise a, du reste, été adoptée par une jurisprudence plus récente (4).

En résumé l'hypothèque judiciaire est donc indépendante de la nature, de la forme, de l'origine des

(1) Valette. Revue de droit français et étranger, tome VI, page 975, ou mélanges, tome I page 375,

(2) Aubry et Rau, tome III, n° 265.

(3) Paul Pont, tome I, n° 578.

(4) Toulouse : 24 février 1821. — Alger : 16 février 1880 (Sir. 1881, II. 107).

jugements et même des vices qui peuvent les atteindre.

III. Il faut maintenant rechercher à quelles conditions un de ces jugements sera une véritable décision judiciaire dans le sens précis du mot en notre matière, quelles qualités il devra réunir pour donner naissance à l'hypothèque ? Nous allons nous trouver en présence de nombreuses applications de la distinction que nous avons déjà faite théoriquement entre les décisions judiciaires et les actes judiciaires.

L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation (art. 2114) ; elle est donc simplement une garantie pour le créancier, un accessoire attaché à une créance dans le sens large du mot. Il en résulte par conséquent que l'hypothèque en général ne peut exister indépendamment d'une créance. En outre, en ce qui concerne particulièrement l'hypothèque judiciaire, il faut, sauf les exceptions établies par la loi et que nous étudierons dans le deuxième chapitre relatif aux actes judiciaires, il faut que le débiteur de l'obligation soit condamné à son acquittement puisque les motifs d'ordre public qui ont amené la création de l'hypothèque judiciaire ne se présentent que dans le cas où les jugements prononcent une condamnation. On peut ajouter que les textes viennent confirmer ces principes. Dans les articles de l'ordonnance de Moulins et des lois du droit intermédiaire que j'ai déjà cités, les expressions « *condamnations* » et « *condamnés* » reviennent

toujours. Il en est de même dans l'article 2123 : « *l'hypothèque résulte des jugements... en faveur de* « *celui qui les a obtenus.* » Il faut avoir obtenu un jugement, c'est-à-dire bénéficier d'une condamnation contre celui qui a perdu son procès.

Ces deux idées nous permettent d'indiquer exactement les conditions nécessaires pour qu'un jugement donne naissance à l'hypothèque judiciaire.

On peut poser la formule suivante : Un jugement offrira les caractères d'une véritable décision judiciaire et produira hypothèque, lorsque dans une contestation pendante entre deux parties, il constatera l'existence d'une obligation au profit de l'une de ces parties et à la charge de l'autre, et qu'il condamnera la partie débitrice de l'obligation à son acquittement envers la partie créancière. Deux conditions sont donc indispensables : 1° reconnaissance, constatation d'une obligation ; 2° condamnation du débiteur à l'acquittement de cette obligation. Si l'une ou l'autre de ces conditions fait défaut, le jugement ne sera pas une décision judiciaire, mais un acte judiciaire qui en règle et sauf les exceptions résultant de textes formels, ne donnera pas naissance à l'hypothèque.

Il n'est pas nécessaire que la condamnation ait pour objet immédiatement et dans son principe une somme d'argent, il suffit qu'elle porte sur une obligation dont l'inexécution entraînera des dommages-intérêts au profit du créancier ; telle est par exemple l'obligation de faire ou de ne pas faire (art. 1142). Dans cette

hypothèse la condamnation existe, la créance est constatée ; le chiffre seul en est indéterminé (1).

J'irai même plus loin et je déciderai que le jugement qui ne contiendrait que le germe d'une condamnation, qui ne constaterait que le germe d'une obligation, devrait cependant produire une hypothèque destinée à garantir l'exécution de la condamnation éventuelle. L'exemple typique est celui d'un jugement qui condamne un comptable ou un associé régisseur à rendre compte. Dans cette décision en effet nous retrouvons bien les caractères que nous avons considérés comme essentiels. Du jugement résultent pour le comptable deux obligations : 1° d'abord une obligation de faire, celle de rendre le compte, et s'il ne l'exécute pas il sera passible de dommages-intérêts ; 2° une seconde obligation qui n'est que la conséquence de la première et qui porte directement sur une somme d'argent, celle de payer le reliquat si le compte une fois apuré le comptable se trouve redevable envers la partie qui a obtenu le jugement contre lui.

L'hypothèque garantira l'exécution de cette double obligation. Sans doute, dans ce cas l'hypothèque n'est guère autre chose au moment du jugement qu'une mesure conservatoire, mais il n'en est pas moins vrai qu'elle découle naturellement de la sentence contenant une condamnation éventuelle.

(1) Cass. 31 décembre 1867 (Sir. 1868, I, 99). — Cass. 19 août 1878 (Sir. 1879, I, 29). Chambéry, 22 décembre 1879 (Sir. 1880, II, 241.)

Cette théorie est celle de la majorité des auteurs (1). Elle a été du reste consacrée aussi par de nombreux arrêts (2).

Néanmoins quelques dissidences se sont produites et l'opinion contraire a été très sérieusement soutenue.

MM. Troplong et de Vareilles-Sommières (3) entr'autres prétendent que l'hypothèque ne naît pas du jugement condamnant un comptable à une reddition de comptes. Toute leur discussion peut se résumer en un seul argument : pour eux l'obligation de rendre compte résulte non pas du jugement juridique, mais du fait, société ou mandat par exemple, qui a créé des liens entre le comptable et l'autre partie.

Quant à la jurisprudence constante de la cour de de cassation, Troplong l'explique en faisant observer qu'elle consiste dans la réunion de plusieurs arrêts de rejet et que la cour a une tendance à rejeter les pourvois formés devant elle. C'est là une raison peu sérieuse et qui étonne singulièrement émanant surtout d'un membre de cette cour ; aussi je ne crois pas devoir m'y arrêter. Troplong invoque enfin à l'appui de cette théorie un arrêt de la cour de Bourges du 31 mars 1830. Mais cet arrêt ne condamne pas une par-

(1) Pont. Privilèges et hypothèques, sur l'art. 2123, n° 574. — Persil. Questions sur les privil. et hypo. Tome I, pag. 280. — Battur. Privil. et hypo. tome II, n° 320. — Aubry et Rau. Tome III § 265, pag. 256.

(2) Cass. (Sir. 1811, I, 29). — Cass. (Sir. 1826, I, 122). — Cass. 16 février 1842 (Sir. 1842, I, 714). — Lyon (Sir. 1812, II, 400). — Paris (Sir. 1822, II, 381). — Colmar, 26 juin 1832 (Sir. 1832, II, 650).

(3) Troplong. Loc. cit., n° 439. — De Vareilles-Sommières, pag. 41.

tie à rendre compte; il statue dans une hypothèse particulière en décidant simplement que deux personnes entreront en compte; un de ses motifs porte formellement que l'hypothèque judiciaire existerait si l'une de ces personnes était mandataire de l'autre, condition qui n'est pas réalisée dans l'espèce.

Il est certain cependant que l'argumentation de MM. Troplong et de Vareilles-Sommières offre une part de vérité. Sans doute, on peut dire jusqu'à un certain point que l'obligation de rendre compte a sa base dans les relations établies entre les parties par un contrat ou tout autre fait juridique, mais je n'ai jamais prétendu que l'obligation, dont la décision impose l'acquittement, dût être précisément créée par cette décision. Il suffit qu'elle soit constatée par la sentence intervenue et je dois même reconnaître qu'il en sera presque toujours ainsi, car il est de règle dans notre législation que les jugements sont en général déclaratifs et non pas constitutifs de droits. Quand bien même on admettrait, ce qui ne me paraît pas exact, que l'obligation de payer le reliquat éventuel ne dérive en aucune façon du jugement, tout au moins faut-il certainement décider que l'obligation de rendre compte est constatée et sanctionnée par le jugement.

Troplong l'a reconnu lui-même : « *le jugement*, « dit-il, *impose seulement le devoir de rendre un* « *compte.* » Il impose, par conséquent, à un débiteur l'acquittement d'une obligation de faire dont

l'inexécution se résoudra par le paiement de dommages-intérêts.

IV. Nous avons ainsi déterminé les principes qui doivent nous guider et arrêté les caractères auxquels on reconnaît une véritable décision judiciaire.

Il nous faut maintenant en faire quelques applications dans différentes hypothèses. Les solutions découleront toutes de la réponse à cette question : le jugement réalise-t-il les deux conditions indispensables à la naissance de l'hypothèque judiciaire, c'est-à-dire : 1° constate-t-il l'existence d'une obligation ? En effet le simple énoncé sans débat d'une obligation dans le jugement ne suffirait certainement pas (1) ; 2° condamne-t-il l'une des parties à la prestation de cette obligation ? Les mêmes règles devront également s'appliquer aux décisions émanant des juridictions de l'ordre administratif et aux sentences arbitrales ; peu importe l'origine de la décision pourvu qu'elle réunisse les conditions nécessaires.

V. Dans certains cas, au cours d'une contestation pendante devant un tribunal, les parties arrivent à s'entendre et le tribunal rend un jugement d'expédient qui n'est que la consécration de l'accord intervenu entre les plaideurs. Un pareil jugement emporte-t-il l'hypothèque judiciaire ?

Il faut répondre affirmativement, ce jugement est

(1) Cass. 4 août 1879 (Dal. 1881, I, 174).

une véritable décision judiciaire ; sans doute le tribunal a consacré l'accord des parties, mais il l'a fait en connaissance de cause, après examen des faits du litige originaire, et il a statué conformément à la justice et à la vérité. La sentence constate bien l'existence d'une obligation et impose à l'un des plaideurs l'exécution de cette obligation comme le ferait un jugement intervenu sur un procès où les parties auraient contesté jusqu'au bout leurs prétentions respectives (1).

Mais il en est différemment des jugements d'adjudication qui, à certains points de vue, se rapprochent néanmoins des jugements d'expédient. Ces jugements ne prononcent pas une condamnation ; ils homologuent purement et simplement une vente forcée qu'ils sont destinés à entourer d'une certaine solennité. Il n'y a pas, il n'y a pas eu, même à l'origine, une contestation comme dans le cas où il intervient un jugement d'expédient ; il n'y a donc pas de condamnation. Il en est ainsi, alors même que dans une vente volontaire faite en justice le cahier des charges stipulerait une hypothèque générale sur tous les biens de l'acquéreur ; il n'est pas possible de créer une hypothèque générale en dehors des cas prévus par la loi et la convention des parties ne peut attribuer au jugement d'adjudication un caractère et des effets qu'il ne saurait avoir, puisqu'il ne remplit pas les conditions nécessaires à la naissance de l'hypothèque judiciaire. Il faudrait même déclarer nulle la clause par laquelle

(1) Bruxelles : 9 janvier 1807 et 8 mai 1822.

on aurait stipulé une hypothèque spéciale sur tels ou tels biens de l'acquéreur ; l'hypothèque spéciale ne peut être constituée que devant notaires et pas plus que l'hypothèque judiciaire, elle ne saurait résulter d'un jugement d'adjudication (1).

VI. Cette question nous amène à traiter des jugements d'homologation en général.

Souvent les tribunaux sont appelés à contrôler, à surveiller, à autoriser certains faits juridiques ; on dit alors qu'ils exercent la juridiction gracieuse et c'est dans ce pouvoir qu'on trouve la source la plus abondante des actes judiciaires. Ainsi par exemple un tribunal homologue, c'est-à-dire sanctionne définitivement une vente de biens immeubles appartenant à un mineur (art. 458), une transaction intéressant un mineur, une aliénation ou un échange de biens dotaux (art. 1558 et 1559). Malgré les termes assez énigmatiques dont se sert le Code civil qui donne même quelquefois à ces décisions le nom de jugements, il est certain que ce sont là simplement des actes judiciaires qui ne peuvent emporter hypothèque, parce que toute idée de contestation et de condamnation y est absolument étrangère.

A cette catégorie de jugements se rattachent ceux qui, aux termes des articles 218, 219, 222 et 224, ont pour mission d'autoriser la femme mariée à ester en justice ou à faire certains actes. Ces jugements pour-

(1) Limoges : 3 mars 1854 (Sir. 1854, II, 316).

ront être pour la femme une source d'obligations, puisqu'ils lui donnent un capacité qui lui faisait défaut ; mais ils n'interviennent pas à l'occasion d'un litige et ne prononcent pas de condamnation ; ils contiennent, pourrait-on dire, une homologation anticipée, aussi n'est-il pas douteux qu'ils n'aient ni la portée ni les effets de décisions judiciaires.

On a voulu ranger dans la classe des jugements d'homologation deux catégories de décisions qui produisent hypothèque sur les biens d'une personne. Ce sont les jugements déclaratifs de faillite et les jugements homologatifs d'un concordat, aux termes des articles 490 et 517 du Code de commerce. Nous devrions dès lors reconnaître deux exceptions à la règle que j'ai posée et d'après laquelle les jugements d'homologation ou d'autorisation n'engendrent pas l'hypothèque judiciaire. Je ne crois pas que cette manière de voir soit exacte et il me semble que les articles 490 et 517, même malgré les termes de ce dernier texte, n'apportent aucune dérogation au principe.

Pour moi ces jugements sont de véritables décisions judiciaires. Je ne veux pas entrer ici dans les controverses qui se sont élevées en droit commercial sur le caractère de l'hypothèque dont s'occupe l'article 490. Je pense qu'elle est autre chose qu'une formalité de publicité ; elle constitue une hypothèque offrant de nombreux avantages, surtout lorsqu'il intervient un concordat, et destinée à remplacer les hypothèques judiciaires que les créanciers ne peuvent plus obtenir par suite de la suspension des pour-

suites individuelles comme conséquence du jugement déclaratif. Ce que je veux démontrer, c'est que la sentence d'où elle dérive est une décision judiciaire. En effet, le plus souvent le jugement déclare la faillite malgré le débiteur, et alors il y a contestation ; si au contraire le débiteur a lui-même déposé son bilan, il faut assimiler le jugement déclaratif à un jugement d'expédient et lui appliquer les mêmes règles, car l'existence d'une contestation encore pendante jusqu'au jugement n'est pas, nous l'avons reconnu, une condition nécessaire à la naissance de l'hypothèque judiciaire. Or je retrouve ici les deux conditions indispensables. Il y a bien d'abord la constatation d'une et même de plusieurs obligations, puisque c'est l'impossibilité où se trouve le débiteur de les exécuter qui amène pour lui le dessaisissement de tous ses biens et les autres conséquences attachées à l'état de faillite. De plus, il y a aussi condamnation à l'exécution de ces obligations, puisque précisément l'organisation de tout le système de la faillite a pour but d'arriver le plus vite possible à leur acquittement par une expropriation et une liquidation complètes de tout le patrimoine du débiteur.

Quant à l'article 517 il n'attache pas au jugement homologatif d'un concordat un effet créateur ; il déclare simplement que ce jugement conservera aux créanciers l'hypothèque qu'ils avaient inscrite en vertu de l'article 490. Ce jugement n'est donc pas productif d'hypothèque, il constitue simplement une formalité exigée par la loi dans un cas particulier en outre de

l'inscription pour conserver une hypothèque déjà existante. Si l'on voulait cependant admettre qu'il donne une vie nouvelle à l'hypothèque, qu'il la crée en quelque sorte, je pourrais soutenir qu'il offre les caractères d'une décision judiciaire car il constate l'obligation pour le débiteur de désintéresser ses créanciers dans les termes du concordat, et il impose au failli la prestation de cette obligation. Toute cette discussion n'a d'ailleurs qu'un intérêt théorique; ce qu'il faut en retenir, c'est qu'à mon avis on peut ériger en principe absolu cette règle que les jugements d'homologation sont sans exception des actes de juridiction gracieuse n'emportant pas hypothèque judiciaire.

VII. Les articles 806 et s.s. du code de procédure civile attribuent, en cas d'urgence, une certaine compétence au président du tribunal civil qui statue alors sur les difficultés à lui soumises par des ordonnances de référé. Ces ordonnances rendues sur un litige, exécutoires par provision, contiennent une condamnation; elles remplissent par conséquent les conditions d'une décision judiciaire et donnent naissance à l'hypothèque.

Quelquefois le président rend des décisions d'une nature différente. Ainsi d'après l'article 191 (Code procéd. civ.), au moyen d'une ordonnance qui porte condamnation à 3 francs de dommages-intérêts et qui avant la loi du 22 juillet 1867 pouvait entrainer la contrainte par corps, le président forcera l'avoué à

rétablir les pièces retenues par lui au-delà du délai de communication. De même d'après l'article 403 (Code procéd. civ.), en matière de désistement, une ordonnance du président, quelquefois même du tribunal tout entier mise au bas de la taxe, contraindra la partie qui s'est désistée à payer les frais. Il est certain, je l'ai du reste déjà constaté, que ce sont là des décisions et non pas, comme on l'a prétendu, des actes judiciaires. L'ordonnance impose une obligation, cela suffit pour qu'elle emporte hypothèque. Il en est tout autrement des ordonnances d'autorisation rendues par le président sur requête, qui émanent d'une juridiction purement gracieuse.

On s'est demandé si les bordereaux de collocation délivrés dans une procédure d'ordre par le juge-commissaire à un créancier, emportent hypothèque sur les biens de l'adjudicataire ? Il faut répondre négativement. Sans doute le bordereau délivré en forme exécutoire par le greffier (article 770 Code proc. civ.) est, suivant l'expression de deux auteurs « *une décou-* « *pure du règlement définitif en ce qui concerne la* « *collocation de chaque créancier* » (1) ; c'est un extrait du procès-verbal d'ordre. Mais si ce bordereau est exécutoire et peut entraîner une saisie contre l'adjudicataire, il n'a pas cependant les caractères nécessaires à une décision judiciaire pour emporter hypothèque. Il ne prononce pas de condamnation contre l'adjudicataire qui ne prend pas part à des opé-

(1) Grosse et Rameau. Tome II, page 179.—Chaveau Adolphe. Procédure de l'ordre n° 2607 *quater*.

rations intéressant exclusivement les créanciers. L'adjudicataire est obligé de payer son prix en vertu de l'adjudication elle-même; pour lui les bordereaux ne sont guère que des numéros d'ordre indiquant à qui il doit faire la distribution de son prix, et dans quel rang il doit payer les créanciers. S'il conteste le droit d'un de ces créanciers, c'est alors qu'il y aura lieu à un débat clos par un jugement qui produira certainement l'hypothèque judiciaire sur les biens de l'adjudicataire condamné (1).

VIII. En règle générale nous savons que la loi exige qu'avant d'être portées devant la juridiction chargée d'en connaître, les difficultés entre deux parties soient soumises au juge de paix qui essaiera de concilier les prétentions opposées et d'arrêter par un arrangement amiable le procès sur le point de naître. Si les parties ne s'entendent pas, le juge de paix dresse un procès verbal sommaire du désaccord qui ne peut donner lieu en notre matière à aucune question. Mais lorsque les parties arrivent à s'entendre, le juge de paix rédige un procès verbal de conciliation contenant toutes les clauses de l'arrangement.

Au premier abord on pourrait être tenté d'assimiler ce procès verbal soit à un jugement d'expédient, soit à une ordonnance du président statuant au contentieux. Ce serait une erreur; en effet le juge de paix ne prononce pas ici comme juge, il remplit un rôle

(1) Grenoble, 28 mai 1831 (Sir. 1832, II, 95). Bordeaux, 30 avril 1840 (Dal. 1841, II, 15).

d'intermédiaire, de conciliateur, il ne fait qu'enregistrer une convention passée entre deux personnes comme le ferait un notaire par exemple, sans imposer par une condamnation à l'une des parties la prestation envers l'autre de l'obligation qui résulte du contrat. Le procès verbal est bien, je crois, un acte authentique, mais auquel la loi a refusé la force exécutoire. C'est d'ailleurs ce que décide formellement l'article 54 du code de procédure : « *les conventions « des parties insérées au procès-verbal ont force « d'obligation privée.* » Enfin cette solution a été adoptée dans des termes qui ne laissent place à aucun doute au cours des travaux préparatoires puisque dans la discussion de l'article 2123 au Conseil d'Etat, Cambacérès déclara sur une observation de M. Jollivet que les procès-verbaux de conciliation n'emporteraient pas hypothèque judiciaire (1).

Mais lorsque le juge de paix statue comme juge, ses sentences sont de véritables jugements. Je l'ai déjà indiqué, et si je le rappelle ici, c'est qu'une question s'est élevée relativement aux reconnaissances ou vérifications d'écritures faites devant un juge de paix en dehors des limites de sa compétence ; je la développerai en m'occupant dans le second chapitre de ce titre des actes judiciaires qui donnent naissance à l'hypothèque.

IX. J'ai eu l'occasion de constater en traitant

(1) Fenet. Tome XV, page. 360. Voir aussi : Cass. 22 décembre 1806 rapporté par Merlin, Répertoire, v° privil. et hypo. sect. 2 § 2, art. 4, n° 4.

des jugements d'homologation ou d'autorisation, que les tribunaux étaient quelquefois investis d'un pouvoir de surveillance, de contrôle, de tutelle même, pourrait-on dire, relativement à certaines personnes et à certains actes. Une des manifestations de ce rôle si important, réside dans la mission qui leur est confiée d'assurer par des mesures efficaces la bonne gestion de certains patrimoines en choisissant eux-mêmes des administrateurs offrant toutes les garanties désirables. Il en est ainsi dans de nombreuses circonstances dont je ne veux citer que les principales. Ainsi lorsqu'un tribunal nomme un curateur à une succession vacante (art. 812), ou un conseil judiciaire (art. 513), ou un administrateur provisoire aux biens d'une personne dont l'interdiction est provoquée (art. 497), un séquestre judiciaire, envoie des héritiers en possession provisoire des biens d'un absent (art. 120) ; enfin lorsqu'un tribunal de commerce ou un tribunal civil jugeant commercialement nomme les syndics provisoires ou définitifs d'une faillite (art. 462 Cod. commerce), etc... Dans toutes ces hypothèses la question est la même ; toutefois c'est surtout en ce qui concerne le curateur à une succession vacante qu'on a discuté le point de savoir si le jugement qui le nomme emporte hypothèque judiciaire sur tous ses biens. La grande majorité des auteurs avec raison selon moi enseigne la négative (1).

(1) Troplong : tome II, n° 440. — Persil : questions hypo. chap. VI. p. 276. — Persil : rég. hypo. art. 2123, n° 13. — Aubry et Rau : tome III, n° 265. — Valette : mélanges, tome I, page 379. — Battur : priv. et hypo. tome II, n° 320.

M. Dalloz (1) cependant soutient que ce jugement donne lieu à l'hypothèque judiciaire. Pour lui la solution de cette difficulté est absolument connexe à celle que l'on adopte sur les jugements qui forcent un comptable à rendre compte. En effet, dit-il, c'est dans le jugement qui le nomme, que l'administrateur trouve la source des pouvoirs qui lui sont conférés. Son rôle consiste à administrer la fortune d'autrui, par conséquent cette fonction lui impose l'obligation de gérer, de rendre compte à la fin de sa gestion, et par suite de payer le reliquat des sommes qu'il pourrait avoir entre les mains. A l'objection consistant à dire qu'un pareil jugement ne contient pas de condamnation, M. Dalloz répond que si cette condition était exigée formellement par la loi de brumaire an VII, l'article 2123 est conçu dans des termes beaucoup plus larges et demande simplement la constatation d'une créance par jugement, sans qu'il soit besoin que la sentence rendue renferme une condamnation. Enfin il invoque l'autorité d'un arrêt de la Cour de Paris (2) qui décide que l'obligation de gérer la fortune d'autrui et de rendre compte est imposée à l'administrateur par le jugement, et que cette obligation de faire, devant en cas d'inexécution se résoudre en dommages-intérêts, peut servir de base à une hypothèque judiciaire.

Je ne crois pas que cette théorie soit exacte, et tout en admettant avec M. Dalloz que les jugements qui

(1) Dalloz. Répertoire, v° privil. et hypo. n° 1124.
(2) Paris, 12 décembre 1833 (Sir. 1834, II, 94).

condamnent un comptable à rendre compte doivent emporter hypothèque judiciaire, il me semble qu'il faut soigneusement distinguer les deux hypothèses et donner une solution différente sur la question qui nous occupe.

Nous avons en effet déterminé d'après les principes et les textes, d'après les termes de l'article 2123 lui-même : « *l'hypothèque résulte des jugements... en faveur de celui qui les a obtenus,* » les deux conditions que doit réunir un jugement pour donner naissance à l'hypothèque judiciaire. Or ici je ne retrouve ni la constatation d'une obligation à la charge de l'administrateur, ni la condamnation de l'administrateur à la prestation de cette obligation. Le jugement ne fait que conférer une fonction à l'administrateur et quant aux pouvoirs attachés à cette fonction, c'est la loi qui les lui donne. L'obligation de gérer ne résulte pas du jugement, mais de l'acceptation par l'administrateur de la mission qui lui est confiée.

Troplong (1) a fort bien fait ressortir les caractères de ce jugement : « *il n'a pas plus de valeur coercitive, qu'une simple procuration donnée à un particulier par un particulier.* » Il faut, pour que l'administrateur soit obligé d'administrer et de rendre compte, que par son acceptation il se soit formé une sorte de contrat entre lui et la personne dont il doit gérer les biens représentée par le tribunal. Le jugement ne constitue pour ainsi dire que l'offre d'un mandat faite

(1) Troplong. Tome II, n° 440.

à l'administrateur, et c'est ce mandat une fois accepté qui servira de base et de cause juridique aux obligations du mandataire. Si le mandataire ne les exécute pas, on agira en justice contre lui et le jugement intervenu sur cette action emportera certainement l'hypothèque judiciaire. Ce point de vue est si vrai que lorsque la gestion d'un administrateur est terminée, on n'a jamais songé en pratique à le forcer à rendre compte et à payer le reliquat s'il s'y refuse, au moyen du jugement qui l'a nommé ; il faut l'assigner en reddition de comptes et sur cette action le faire condamder par un jugement qui offrira tous les caractères d'une véritable décision judiciaire.

A cette argumentation la cour de Paris, dans l'arrêt que j'ai cité plus haut, répond que l'acceptation de l'administrateur n'est qu'une condition suspensive qui, une fois réalisée, rétroagit au jour du jugement de sorte que l'obligation de gérer et de rendre compte résulte bien du jugement lui-même en vertu d'une application logique des principes relatifs à la condition (art. 1179).

La Cour de Paris fait une confusion évidente entre ce qui n'est que l'accessoire d'un contrat et un des éléments essentiels de ce contrat. La condition est une modalité qui vient mettre en suspens l'existence d'une convention ; mais il faut qu'elle s'attache à un contrat qui réunisse en lui-même et indépendamment de la condition qui l'affecte, tous les éléments indispensables à sa formation. L'un d'entre eux est le consentement (art. 1108), et c'est

seulement du jour où les volontés des parties se sont rencontrées, que le contrat est formé et peut produire des obligations. Par conséquent, dans notre hypothèse, le mandat ne nait qu'au moment de l'acceptation de celui qui doit être le mandataire, et le tribunal, qui représente la personne dont il s'agit d'administrer les biens, ne peut faire résulter de son jugement qu'une offre de mandat, et non pas un mandat même conditionnel.

Telle est, d'ailleurs, la solution adoptée par Pothier relativement à une procuration donnée par acte authentique. Dans l'ancien droit nous avons vu que tous les actes notariés emportaient hypothèque ; or Pothier décide que la procuration n'engage pas celui au nom duquel elle est faite. Le mandat ne sera formé que lors de l'acceptation du mandataire, et le mandant n'aura hypothèque sur les biens du mandataire qu'en vertu de l'acte notarié qui constatera cette acceptation. Le système de la Cour de Paris, qu'il faudrait nécessairement généraliser s'il était exact, arriverait à cette conséquence qu'une convention naîtrait, non pas au moment où se réalise l'accord des parties, mais au jour de l'offre faite à l'un des contractants par l'autre. Ce serait le renversement des principes sur lesquels est basée toute la théorie des obligations en droit français. Notre solution est du reste en harmonie complète avec les idées qui ont inspiré à nos législateurs l'organisation des mesures par lesquelles ils garantissent dans certains cas ceux dont le patrimoine est administré par autrui contre la mauvaise gestion

des mandataires imposés. Cette garantie consiste toujours dans une hypothèque légale qui grève les biens de ces administrateurs ; par exemple les hypothèques légales de l'article 2121, c'est-à-dire celles du mineur ou interdit, de la femme mariée, de l'Etat, des communes ou des établissements publics sur les biens des tuteurs, des maris et des comptables. Il est certain que si la loi avait cru devoir entourer de pareilles garanties la gestion des administrateurs nommés par un tribunal, elle s'en serait exprimée en termes explicites et eût fait consister ces garanties dans une hypothèque légale prévue et organisée par l'article 2121, et non dans une hypothèque judiciaire, sous peine d'être accusée d'un défaut évident de logique et de méthode. Mais on a eu raison de décider qu'il en serait autrement. En effet les tribunaux choisissent ces administrateurs en connaissance de cause, ils ne confient ces fonctions qu'à des hommes dont l'honorabilité et la capacité reconnues offrent par elles-mêmes toutes les garanties désirables. D'ailleurs l'hypothèque légale à laquelle il faudrait ici complètement assimiler l'hypothèque judiciaire qui sous un autre nom offrirait les mêmes caractères, l'hypothèque légale constitue pour ceux dont elle affecte les biens une entrave très gênante, elle apporte un obstacle considérable à la circulation des immeubles et aux transactions que veulent faire ceux qui en sont grevés. Aussi a-t-elle été très vivement attaquée, souvent avec raison, et ne faut-il pas la créer en dehors des cas purement limitatifs dans lesquels la loi a cru né-

cessaire de l'établir. Le résultat que l'on obtiendrait en faisant résulter l'hypothèque des jugements qui nomment un administrateur serait en contradiction flagrante avec le but désiré ; la plupart des personnes auxquelles le tribunal offrirait ces fonctions les refuseraient en présence des inconvénients que leur acceptation entraînerait pour elles. Du reste le tribunal a le moyen de sauvegarder complètement les intérêts de la personne dont il confie les biens à un administrateur provisoire ; il puise dans le pouvoir absolu de contrôle et de surveillance qui lui est attribué le droit d'imposer comme condition à la nomination de l'administrateur l'obligation de fournir une caution ou une sûreté réelle destinées à garantir sa gestion.

Si ces arguments de principe et d'équité ne suffisaient pas, je pourrais encore y ajouter deux arguments à *contrario* tirés des textes qui ne laissent aucun doute sur la solution que je propose.

D'abord en ce qui concerne l'héritier envoyé en possession provisoire des biens de l'absent qui est un véritable administrateur nommé par jugement, l'article 120 du Code civil décide « *qu'il devra donner « caution pour la sûreté de son administration.* » Si l'on a cru devoir exiger de lui une pareille garantie, c'est qu'en règle générale les adminstrateurs ne sont tenus d'en fournir aucune, car autrement la caution ferait double emploi avec l'hypothèque judiciaire qui, étant donné son caractère d'hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir, constitue la garantie la plus large et la plus efficace.

En outre, si l'hypothèque judiciaire devait résulter des jugements nommant un administrateur provisoire, le code civil, au lieu de forcer dans l'article 120 l'envoyé en possession à fournir caution, aurait permis ou ordonné à certaines personnes d'inscrire l'hypothèque au nom de l'absent. Dans l'état actuel des textes, en effet, cette hypothèque qui existerait au profit de l'absent ne lui serait d'aucune utilité, puisqu'il ne pourrait l'inscrire et que personne ne serait chargé par la loi de remplir pour lui cette formalité.

De plus, l'article 34 de la loi du 30 juin 1838 permet au tribunal qui nomme un administrateur provisoire à la personne placée dans un établissement d'aliénés, de constituer une hypothèque générale ou spéciale sur les biens de l'administrateur jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. C'est là une disposition établie en faveur de l'aliéné ; or si l'on admettait la théorie que je combats, il faudrait reconnaître que la loi de 1838 aurait voulu restreindre, dans l'hypothèse la plus favorable certainement, les effets du jugement qui nomme un administrateur ; de cet article 34 on peut donc conclure *à contrario* qu'en règle générale ce jugement n'entraîne pas l'hypothèque judiciaire. J'ajoute enfin que le projet de Code civil mentionnait comme devant donner naissance à l'hypothèque « *les « jugements qui établissent des gardiens, des séquestres « ou des cautions judiciaires* », et que ces expressions ont disparu dans la rédaction définitive. On peut aussi opposer à l'arrêt de la Cour de Paris un autre arrêt de la Cour d'Orléans en date

du 25 mars 1834, qui consacre notre opinion (1).

De cette discussion je conclus donc que l'hypothèque ne résulte pas des jugements qui nomment un administrateur provisoire.

Le principe établi il faut reconnaître que les applications en sont quelquefois délicates. Ainsi la Cour de cassation (2) a décidé que l'hypothèque judiciaire est attachée au jugement qui, en ordonnant la liquidation d'une société, nomme comme liquidateur l'ancien gérant, associé lui-même, et déclare que ce liquidateur devra opérer les recouvrements, rendre compte et déposer le produit des encaissements entre les mains de l'ancien associé. Bien qu'à première vue l'obligation pour le liquidateur de rendre compte et de payer le reliquat paraisse résulter du jugement lui-même, et que l'exécution de cette obligation semble lui être imposée par le jugement, je crois néanmoins même dans cette espèce devoir maintenir la solution que j'ai proposée. En effet, lorsqu'on laisse de côté les termes du jugement pour analyser le fait juridique en lui-même, on reconnaît qu'ici encore l'obligation de liquider, de rendre compte et de verser le produit de ses encaissements à son associé, résulte pour le liquidateur non pas du jugement, mais du contrat de mandat formé, entre lui et son co-associé représenté par le tribunal, du jour de son acceptation. Aussi pour garantir l'exécution de cette obligation et acquérir une hypothèque générale

(1) Sir. 1834, II, 373

(2) Cass. 19 août 1878 (Sir. 1879, I, 29).

sur les biens du liquidateur, l'associé auquel le compte doit être rendu devra assigner le liquidateur et obtenir contre lui une décision contenant une véritable condamnation.

X. Il y a encore toute une catégorie de jugements sur l'effet desquels on a longuement discuté ; ce sont ceux qui ordonnent de fournir une caution ou qui statuent sur la réception d'une caution. Je résoudrai cette question par l'application des principes qui m'ont toujours guidé jusqu'ici. Mais il est nécessaire de faire quelques distinctions, car la solution varie suivant les personnes et les situations que l'on envisage.

Je suppose d'abord qu'un jugement ordonne à un débiteur de fournir caution. Il est certain, et ce point est incontesté, que le jugement ne peut emporter hypothèque sur les biens de la caution alors même que celle-ci est désignée dans la convention des parties et par suite dans le jugement. En effet, la décision ne renferme aucun germe d'obligation, ni aucune condamnation à l'encontre de la caution qui n'est obligée que par sa soumission faite au greffe dans les termes de l'article 519 du Code de procédure.

Il faut en outre, avec un arrêt de la Cour d'appel de Savoie en date du 8 mai 1854 (1) et malgré l'opinion contraire de MM. Delvincourt (2), Duranton (3) et

(1) Dal. 1855, II, 241.
(2) Delvincourt. Tome III, p. 297.
(3) Duranton. Tome XIX, n° 337.

Baudot (1), décider que l'hypothèque judiciaire ne résulte même pas de la soumission au greffe. Sans doute l'article 519 attribue à cette soumission la force exécutoire et déclare même qu'elle pourra donner lieu à la contrainte par corps dans les cas où la loi la permet, cas forts rares du reste depuis la loi de 1867 ; mais de ce que la loi a donné à la soumission certains des caractères d'un jugement, il ne s'ensuit pas qu'elle ait poussé jusqu'au bout l'assimilation. Elle ne le pouvait d'ailleurs pas, car cette soumission ne remplit aucune des conditions indispensables à une décision judiciaire pour emporter hypothèque ; elle ne prononce aucune condamnation, et ce n'est pas elle, mais une acceptation qu'elle a simplement pour but de constater qui donne naissance aux obligations de la caution. Elle se rapprocherait plutôt d'un acte authentique dressé par notaire et revêtu de la force exécutoire que j'ai déjà plusieurs fois distinguée avec soin de la force hypothécaire.

La solution est différente en ce qui concerne la personne que le jugement oblige à fournir caution ; on doit décider que l'hypothèque judiciaire résulte contre elle de la décision rendue. En effet le jugement crée à sa charge et lui impose une véritable obligation de faire, dont l'inexécution entraînera contre elle une condamnation à des dommages-intérêts. C'est du reste ce que l'on peut inférer des termes de l'article 2040, où l'on retrouve à la fois les deux expres-

(1) Baudot. Formalités hypothécaires, tome I, n° 435. — Voir aussi dans ce sens : Arrêt de Metz du 27 août 1817.

sions d'obligation et de condamnation : « *Toutes les « fois qu'une personne est obligée par la loi ou par « une condamnation à fournir une caution, etc.....* » Cette théorie, consacrée par un arrêt de la cour de Bruxelles du 3 mai 1815 a été combattue par M. Persil(1). En effet, dit cet auteur, l'article 2041 permet au débiteur condamné à fournir une caution et qui ne peut en trouver, de la remplacer par un gage ou nantissement. Or si l'hypothèque judiciaire qui grève d'un droit réel général tous les biens du débiteur résultait du jugement, il est certain que la loi n'eût pas « *accordé cette dispense et restreint ainsi, limité le « droit du créancier à une chose spéciale, alors qu'il « aurait eu une hypothèque générale par la pronon- « ciation du jugement.* »

A cette objection on peut répondre que la « *dispense* » accordée par l'article 2041 au débiteur, constitue pour lui une pure faculté. En d'autres termes, l'obligation imposée par le jugement au débiteur est facultative ; il doit fournir une caution, mais il peut s'acquitter en donnant à la place un gage ou nantissement suffisant ; il y a là une obligation de faire dont l'exécution est garantie par l'hypothèque judiciaire. M. Persil a confondu l'objet facultatif de l'obligation et la garantie qui doit assurer l'exécution de l'obligation ; la loi n'a pas « *restreint le droit du créancier* », puisque quel que soit le parti auquel s'arrête le débiteur, dès qu'il a

(1) Persil, quest. hypot. tome I, p. 278.

fourni la caution ou donné le gage suffisant, son obligation est éteinte et l'hypothèque judicaire n'ayant plus de raison d'être s'évanouit aussitôt. — Le jugement qui oblige un débiteur à fournir caution emporte donc hypothèque sur ses biens, mais je dois reconnaître avec Troplong (1) qu'il en serait autrement si cette obligation n'était pas imposée à titre de condamnation ; ainsi par exemple lorsqu'un tribunal ordonne qu'un jugement pourra être exécuté provisoirement moyennant caution d'après les dispositions des articles 135 et 155 du code de procédure entre autres.— C'est en effet dans l'intérêt de celui qui a triomphé que cette disposition a été écrite dans le jugement. La présentation d'une caution ne lui est imposée que comme condition de l'exécution de la sentence qu'il a obtenue ; libre à lui de ne pas en faire usage, et s'il ne l'exécute pas, son adversaire n'aura certainement pas le droit de s'en plaindre.

Nous venons d'examiner les effets du jugement qui ordonne de fournir une caution. — Cette caution est fournie, mais sa solvabilité est contestée par le créancier et sur sa réception ou sa non-réception il intervient un jugement ; l'hypothèque judiciaire y est elle attachée ?

Je suppose d'abord que le tribunal admette la caution ; il est bien certain qu'il ne peut naître aucune hypothèque sur les biens du débiteur ;

(1) Troplong. Tome II, n° 441.

tout au contraire ce jugement, en constatant que le débiteur a rempli l'obligation qui lui était imposée de fournir caution, fait disparaître l'hypothèque judiciaire attachée à la garantie de cette obligation en vertu de la première sentence.

En ce qui concerne la caution, je crois que le jugement qui la reçoit n'emporte pas non plus hypothèque sur ses biens, malgré l'opinion de M. Dalloz (1) pour lequel c'est en vertu et à partir du jugement que la caution est éventuellement soumise au paiement. Il me paraît plus vrai de dire que l'obligation de la caution résulte de son acceptation constatée par sa soumission au greffe et qu'elle n'est que confirmée par le jugement qui prononce la réception. Du reste la solution de M. Dalloz produirait ce résultat, qu'en pratique les créanciers contesteraient la solvabilité même incontestable des cautions afin d'obtenir une hypothèque judiciaire que ne pourrait jamais leur donner la reconnaissance volontaire de la solvabilité. Ce serait dénaturer complètement la portée des dispositions de la loi ou des conventions des parties, puisque l'on établirait ainsi au profit du créancier une sûreté réelle alors que la loi ou la convention ne lui accordait qu'une sûreté personnelle. — Quant au créancier qui succombe sur l'incident, l'hypothèque judiciaire grèvera ses biens pour assurer le paiement des frais et des dommages-intérêts auxquels le tribunal aura pu le condamner.

(1) Dalloz, Répertoire, v° privil. et hypot., n° 1129.

Je suppose que le tribunal ait reconnu l'insolvabilité de la caution. Le jugement déclarant que l'une des conditions nécessaires à la naissance de l'obligation de la caution c'est-à-dire la solvabilité, fait défaut, celle-ci est libérée et l'hypothèque judiciaire ne peut par conséquent grever ses biens. Au contraire la sentence fait renaître pour le débiteur l'obligation de fournir caution; l'hypothèque garantira l'exécution de cette obligation et s'il y a lieu le paiement des dommages-intérêts.

XI. Je dois maintenant examiner toute une catégorie de jugements et parcourir quelques hypothèses où l'application des règles générales que j'ai formulées soulève parfois d'assez grandes difficultés. Je veux parler des jugements d'avant faire droit que l'on oppose, dans une classification fort importante des décisions émanant d'un tribunal, aux jugements définitifs. Les jugements d'avant faire droit se divisent eux-mêmes en trois classes. 1° Jugements provisoires. 2° Jugements préparatoires. 3° Jugements interlocutoires.

Je ne dirai rien des jugements provisoires, car au début de cette section, en déterminant d'une façon générale les jugements qui emportent hypothèque, j'ai posé ce principe que les jugements provisoires produisent en règle l'hypothèque judiciaire, pourvu qu'ils réunissent les conditions indispensables à toute décision judiciaire pour produire cet effet. C'est du

reste ce qui ressort, nous l'avons constaté, des termes mêmes de l'article 2123.

Les jugements préparatoires et interlocutoires ne sont pas mentionnés dans l'article 2123. C'est déjà une présomption qu'en ce qui les concerne, la règle est différente ; telle est d'ailleurs la solution qui dérive des caractères ordinaires de ces jugements. En effet, ils interviennent au cours d'un litige pour ordonner des mesures d'instruction, d'information destinées à éclairer l'esprit du juge et à lui permettre de statuer définitivement en pleine connaissance de cause. Aussi, très généralement, ne contiennent-ils pas une condamnation alors même qu'ils préjugent le fond, ce qui est le cas des jugements interlocutoires ; ils se bornent à préparer la solution du procès. Tels sont, pour n'en citer que quelques-uns où la controverse ne peut naître, les jugements qui ordonnent une enquête, une descente de lieux, la production d'une preuve, même ceux qui prescrivent une expertise et nomment des experts. — Il en est des experts comme des administrateurs provisoires, et les obligations que leur mission leur impose ne résultent pas du jugement, mais du contrat intervenu, par suite de leur acceptation, entre eux et les parties représentées par le tribunal (1).

Tel est le principe, mais dans certains cas on peut concevoir qu'un jugement soit préparatoire, soit interlocutoire constate une obligation sanctionnée par une

(1) Bordeaux, 26 mars 1834 (Sir. 1834, II, 375).

condamnation ou tout au moins un germe de condamnation qui suffira, je l'ai établi, pour donner naissance à l'hypothèque judiciaire. Les espèces dans lesquelles on a découvert ou cru découvrir des exceptions à notre règle générale sont assez nombreuses, je vais passer rapidement en revue celles qui ont divisé surtout les auteurs et la jurisprudence.

Que faut-il décider du jugement qui, au cours d'une contestation ordonne le règlement d'un mémoire d'ouvrage? Quelques-uns des auteurs qui pensent comme nous que le jugement ordonnant à un comptable ou à un associé régisseur de rendre compte emporte hypothèque, ont trouvé une analogie entre ce cas et celui qui nous occupe (1). Je ne crois pas que l'assimilation soit exacte. Ce jugement ne me paraît pas contenir même le germe d'une condamnation; il se borne à ordonner une mesure qui fixera l'un des points du procès et en facilitera la solution, sans imposer d'obligation à l'une des parties envers l'autre; il déclare simplement que l'architecte ou l'ouvrier et celui au profit duquel les travaux ont été exécutés, devront déterminer l'un des éléments du compte qui peut exister entre eux et dont la décision définitive arrêtera le règlement complet. Jusqu'à cette décision on ne peut pas dire que l'une des parties soit comptable envers l'autre puisqu'il n'y a pas encore de créancier ni de débiteur même d'une obligation de faire. Au contraire, dans le jugement qui condamne un

(1) Dalloz. Répertoire, v° privil. et hypo. n° 1131.

comptable ou un associé régisseur à rendre compte, on trouve la constatation d'une obligation préexistante dérivant d'un contrat de société ou de mandat, et une condamnation imposant à l'une des parties l'acquittement de cette obligation.

Même solution pour le jugement qui, au cours d'une instance en liquidation d'une société décide, sans prononcer de condamnation, que l'un des associés doit être crédité d'une certaine somme dans les comptes généraux et renvoie les parties devant un expert chargé de procéder à l'apurement de ces comptes généraux (1). Ce n'est là encore qu'une mesure purement préparatoire exclusive de toute idée d'une condamnation qui n'interviendra qu'après le dépôt du rapport des experts.

L'hypothèque judiciaire ne naît pas davantage au profit du constructeur, du jugement qui nomme un expert pour constater la réception des travaux, d'après les dispositions de l'article 2103 n° 4, relatif au privilège des architectes et entrepreneurs (2).

De même encore pour le jugement qui au cours d'une instance en partage renvoie, sans prononcer de condamnation, les parties devant un notaire chargé de procéder aux opérations du partage et de la liquidation (3).

Dans ces dernières hypothèses la solution s'impose

(1) Cass. 6 mai 1868. (Sir. 1868. I. 391.)

(2) Bordeaux, 26 mars 1834. (Sir. 1834. II. 373.)

(3) Cass. 18 avril 1855 (Dal. 1855, I, 258). — Cass. 22 février 1864 (Sir. 1864, I, 418).

et elle est admise même par ceux qui ont prétendu faire résulter l'hypothèque du jugement ordonnant le réglement d'un mémoire d'ouvrage. Ces divergences ne sont guère logiques et montrent à quelles contradictions on peut aboutir lorsqu'on s'écarte des règles strictes d'une interprétation basée sur une application sévère et constante des principes.

La controverse reparaît plus vive dans une espèce qui offre cependant des caractères communs avec celles que je viens de parcourir. M. Dalloz (1) décide avec raison, selon moi, que l'hypothèque résulte du jugement, qui, en reconnaissant l'existence d'une société contestée par l'un des associés, renvoie devant des arbitres pour la liquidation de la société (2).

On suppose, en effet, que l'existence de la société était contestée et a fait l'objet d'un débat ; le jugement impose à l'associé, par une condamnation, des obligations dont le *quantum* n'est pas encore déterminé mais dont le principe est certain, puisque le jugement formera par rapport à l'associé contre lequel il est rendu la base juridique et (si l'on peut introduire ici cette expression empruntée à la théorie des obligations) la cause de la décision qui statuera définitivement sur la liquidation de la société ainsi consacrée à la suite d'un véritable litige.

On doit reconnaître au contraire un caractère purement préparatoire au jugement par lequel un tri-

(1) Dalloz, répert. loc. cit. n° 1125.

(2) Montpellier, 7 janvier 1837 et 2 juin 1841. Voir Dalloz, répert. n° 1125.

bunal de commerce, avant la loi des 17-23 juillet 1856 aurait, d'après les dispositions des articles 51 et suivants du code de commerce, renvoyé devant des arbitres nommés par les parties ou par lui, les contestations entre associés relatives à une société (1).

Il en est de même du jugement qui, prononçant la nullité ou la dissolution d'une société dont l'existence était reconnue par toutes les parties, prescrit sur leur demande des mesures pour le règlement de leurs intérêts sans prononcer aucune condamnation (2).

Quid du jugement qui, sur une opposition à des poursuites, à une saisie par exemple, décide que les poursuites devront être continuées ? Il faut ici, avec la grande majorité des auteurs (3), faire une distinction suivant que le jugement prononce ou ne prononce pas de condamnation. Si l'opposition ne porte que sur les formes et ne vise qu'une irrégularité de procédure, la sentence qui déboute de cette opposition et déclare qu'il faut passer outre, ne renferme pas de condamnation et par suite ne peut produire hypothèque judiciaire que pour le paiement des frais et dommages-intérêts s'il y a lieu. Si au contraire l'opposition est basée sur une contestation de l'obligation que l'on veut exécuter (ce qui suppose une obligation dérivant d'un acte authentique revêtu de la formule exécutoire et non d'un jugement antérieur car alors

(1) Toulouse, 9 août 1844.

(2) Cass., 8 décembre 1857 (Sir. 1858. I. 443.

(3) Troplong, n° 442. *ter.* — Valette. Mélanges, tome I, page 385. — Dalloz, répert. n°s 1149 et 1150.

il y aurait chose jugée), la décision qui ordonne de continuer les poursuites reconnait l'existence de l'obligation, la sanctionne par une condamnation et donne naissance à l'hypothèque judiciaire. Telle est, du reste, la doctrine qui paraît triompher en jurisprudence (1).

A cette question on peut rattacher celle plus générale de savoir si un créancier, porteur d'un titre exécutoire, peut assigner son débiteur et acquérir ainsi contre lui une hypothèque judiciaire? L'examen complet de cette question sortirait du cadre de mon sujet, car elle se rapporte surtout à la théorie générale des actions comme le fait fort bien remarquer M. Valette (2); en d'autres termes, elle se ramène à la détermination des personnes qui peuvent obtenir un jugement. M. Valette pense que le créancier, porteur d'un titre exécutoire, peut toujours agir en justice et par suite obtenir une hypothèque judiciaire. Je croirais plutôt avec MM. Aubry et Rau (3), et plusieurs arrêts (4) que la question doit se résoudre par l'application de la maxime « *sans intérêt, pas d'action* », et que le créancier ne pourra obtenir un jugement et par suite une hypothèque générale, que s'il justifie d'un intérêt sérieux et certain.

On décide généralement enfin que l'hypothèque

(1) Nimes, 5 janvier 1831 (Dal. 1831. II. 99. — Paris, 10 août 1850 Dal. 1851. II. 173).

(2) Valette. Mélanges. Tome I, page 386.

(3) Aubry et Rau. Tome III, n° 265, note 30.

(4) Colmar, 24 juillet 1851 (Sir. 1852. II. 506). Paris, 8 décembre 1854 (Sir. 1854. II. 512). Paris, 15 mai 1865 (Sir. 1865. II. 257).

judiciaire résulte du jugement qui contient la prohibition d'aliéner des immeubles ou des meubles, jusqu'à ce que les opérations d'une liquidation pendante entre des parties soient terminées. Sans doute, c'est là une mesure préparatoire destinée à faciliter la liquidation, mais en outre la décision impose une obligation de ne pas faire, dont l'inexécution sera sanctionnée par une condamnation à des dommages intérêts. Toutefois il ne faut pas aller jusqu'à dire, comme l'a fait un arrêt de la cour de Montpellier en date du 27 novembre 1826 confirmé par la chambre des requêtes le 4 juin 1828 (1), que l'hypothèque, dans ce cas, garantit l'obligation de payer le reliquat; en effet, le jugement ne contient ni une condamnation, ni le germe d'une condamnation relativement à ce reliquat dont il ne prévoit même pas l'éventualité.

Je dois terminer cette étude des jugements d'avant faire droit par une observation générale. Lorsque j'ai constaté qu'un de ces jugements pouvait donner lieu à l'hypothèque judiciaire, j'ai basé cette solution sur ce qu'il renfermait la constatation d'une obligation dont il imposait, par une condamnation, l'acquittement à l'une des parties. Mais il ne faut pas oublier que la garantie attachée au jugement dans ces hypothèses exceptionnelles, laisse subsister entièrement son caractère de jugement préparatoire ou interlocutoire. Par suite, si la décision définitive vient éteindre les obligations reconnues et imposées par le jugement d'avant

(1) Dal. 1828. I. 263.

faire droit, l'hypothèque judiciaire s'évanouit forcément en même temps que les obligations qu'elle sanctionnait, puisqu'elle ne saurait exister par elle seule et indépendamment d'une créance qu'elle est destinée à garantir. A peine ai-je besoin d'ajouter que la même observation s'applique aux jugements provisoires qui, à la différence des jugements préparatoires et interlocutoires, produisent en règle générale l'hypothèque, tandis qu'elle n'est attachée à ces derniers qu'exceptionnellement.

XII. Pour en avoir fini avec l'examen des décisions judiciaires qui donnent naissance à l'hypothèque, il me reste à dire quelques mots d'une dernière classe de jugements ; je veux parler de ceux qui statuent sur une question d'Etat.

Il est évident qu'en principe ces jugements ne peuvent emporter hypothèque, puisqu'ils ont pour but immédiat de reconnaître à une personne une filiation qu'elle avait ou de lui enlever celle qu'elle prétendait avoir. Sans doute cette sentence pourra entraîner par la suite des conséquences pécuniaires fort importantes et être la source de certaines obligations ; mais ces obligations résulteront de jugements spéciaux et purement relatifs aux contestations spéciales qu'ils auront pour mission de trancher. Cependant la solution peut être différente si, comme il arrive souvent en pratique, l'action relative à une question d'Etat est en réalité intentée accessoirement et à l'occasion d'un litige portant sur

des intérêts pécuniaires ; tel est le cas par exemple où les héritiers du mari, dans les conditions déterminées par la loi, introduisent contre l'enfant ou continuent une action en désaveu déjà commencée, afin d'exclure cet enfant de la succession de son prétendu père. La sentence qui admettra la prétention des héritiers condamnera l'enfant à leur restituer la succession dont il s'est emparé et par suite produira l'hypothèque.

XIII. J'ai terminé l'étude des décisions émanant des juridictions de l'ordre judiciaire. J'ai essayé de grouper avec quelque méthode les différentes hypothèses que j'ai résolues par l'application du principe que je veux rappeler sous forme de conclusion, parce que je le considère comme absolument essentiel : *pour qu'un jugement donne lieu à l'hypothèque judiciaire, il faut que par une condamnation il impose à l'une des parties l'acquittement d'une obligation au profit de l'autre partie.*

SECTION II

DÉCISIONS ÉMANANT DES JURIDICTIONS DE L'ORDRE ADMINISTRATIF

J'ai pris soin d'indiquer déjà que l'hypothèque judiciaire est indépendante de la nature et de l'origine des décisions. Aussi faut-il reconnaître d'une façon générale qu'elle résulte également des jugements rendus par une juridiction administrative. C'est d'ailleurs

toujours le même principe, si souvent rappelé par moi et inscrit encore un fois à la fin de la section précédente, qui dictera mes réponses aux questions que j'aurai à me poser sur cette matière.

Toutes les décisions qui produisent hypothèque sont bien en quelque sorte des jugements. Cependant, pour mettre plus de clarté, je diviserai mes explications en deux paragraphes. Dans le premier je m'occuperai des jugements proprement dits. Le second paragraphe traitera des contraintes administratives auxquelles l'expression de jugement ne peut s'appliquer que si on la prend dans un sens très général. En effet, elles émanent d'administrateurs auxquels la qualité de juge n'est attribuée qu'exceptionnellement et comme attribut accessoire de leur fonction, afin de sanctionner les actes faits par eux comme administrateurs et d'assurer le recouvrement rapide et sans frais de certains droits.

§ I

Jugements proprement dits

C'est un point aujourd'hui hors de doute qu'il y a une véritable justice administrative dont les décisions ont les mêmes caractères et les mêmes effets que celles émanant des tribunaux judiciaires. Je dois donc passer en revue les principales juridictions administratives, en me demandant sur chacune d'elles si ses sentences emportent hypothèque judiciaire ?

Pour les arrêts du conseil d'Etat il ne peut y avoir

de question. Les principes commandent la solution qui est d'ailleurs consacrée par trois avis du conseil d'Etat sur lesquels j'aurai à revenir à propos des contraintes, avis rendus dans la période pendant laquelle on leur reconnaît force de loi. L'un est du 16 thermidor et approuvé le 25 thermidor an XII : « *Le conseil est d'avis que les condamnations..... émanées des administrateurs dans les cas et pour les matières de leur compétence, emportent hypothèque de la même manière et aux mêmes conditions que celles de l'autorité judiciaire.* »

Les deux autres avis rendus, l'un le 29 octobre 1811, l'autre le 24 mars 1812, renvoient à celui du 25 thermidor an XII. Du reste ces textes étaient inutiles, et pour les jugements proprement dits l'article 2123 suffisait amplement.

Il en est encore ainsi très certainement et pour les mêmes motifs, des arrrêtés des conseils de préfecture (1).

En ce qui concerne les ministres, on a discuté le point de savoir s'ils ont des attributions contentieuses. C'est là une question de droit purement administratif que je n'ai pas à examiner. Je me contente de constater que l'opinion généralement accréditée en ce moment et consacrée par le jurisprudence, non seulement leur reconnait des attributions contentieuses, mais encore décide qu'ils constituent la juridiction administrative de droit commun. C'est la théorie

(1) Rouen, 22 mai 1818.

que je crois préférable ; aussi j'admets que les décisions des ministres donnent lieu à l'hypothèque judiciaire dans les cas, que je n'ai d'ailleurs pas à déterminer ici, où ils statuent comme juges.

Les préfets, les sous-préfets et les maires ont aussi quelquefois des attributions contentieuses que l'on tend du reste à restreindre de plus en plus. Lorsqu'ils sont des juges, ce qui arrive rarement, je n'hésite pas à donner à leurs sentences les mêmes effets qu'à celle des ministres.

A côté de ces juridictions administratives que l'on pourrait qualifier de juridictions ordinaires, il y en a de spéciales dont je dois passer rapidement en revue les décisions.

La Cour des comptes rend des arrêts dans lesquels elle juge les comptes soumis à sa juridiction ; aussi faut-il accorder l'hypothèque judiciaire aux arrêts de *debet* qui condamnent un comptable à solder ce qu'il doit à l'Etat.

La loi du 27 février 1880 a réorganisé le Conseil supérieur de l'Instruction publique et les Conseils académiques ; elle a confirmé les attributions contentieuses qu'ils avaient déjà en leur donnant même une nouvelle extension. Aussi faut-il à ce point de vue les considérer comme des tribunaux administratifs. Mais la nature spéciale de leurs décisions qui ont un caractère purement disciplinaire, ne permet pas d'attacher l'hypothèque judiciaire aux condamnations qu'ils pro-

noncent. Il en est de même pour les Conseils départementaux de l'Instruction publique.

Les Commissions scolaires instituées par l'article 5 de la loi du 28 mars 1882 sont aussi des tribunaux administratifs d'une espèce particulière. Mais elles exercent une sorte de juridiction criminelle et la nature de la peine qu'elles prononcent, c'est-à-dire l'inscription à la porte de la mairie pendant quinze jours ou un mois du nom du père de famille qui n'a pas obéi aux prescriptions de la loi, est évidemment exclusive de toute hypothèque judiciaire. Seulement il est bien certain que la sentence par laquelle le juge de paix aurait condamné un père de famille sur la plainte de la Commission (article 14), aux peines portées par les articles 479, 480 et suivants du Code pénal, emporterait l'hypothèque pour le recouvrement des amendes et des frais dus à l'Etat.

Le Conseil de révision est encore un tribunal administratif, puisque parmi ses nombreuses attributions il statue sur les réclamations auxquelles donnent lieu les opérations du recrutement (article 27 de la loi du 27 juillet 1872) ; mais ses décisions ne peuvent emporter hypothèque parce qu'elles ne remplissent pas les conditions que nous avons reconnues nécessaires à cet effet ; jamais on n'y trouve une condamnation à l'acquittement d'une obligation.

La même observation doit être faite pour les attributions contentieuses conférées aux préfets maritimes par l'arrêté du 7 floréal an VIII, en matière d'inscription maritime.

Avant la loi du 31 juillet 1879, l'émission des monnaies était faite par des entrepreneurs particuliers sous la surveillance de l'Etat, représenté jusqu'en 1871 par la Commission des monnaies, commission d'origine très ancienne puisqu'elle remonte jusqu'au règne de Charles VI (ordonnance du 18 septembre 1357), et depuis le décret du 10 janvier 1871 par un directeur des monnaies assisté d'un sous-directeur. Cette Commission, et depuis 1871 ce directeur et ce sous-directeur, jugeaient les pièces de monnaies, et si elles n'avaient pas le poids et le titre légaux, en ordonnaient la refonte aux frais du directeur de l'entreprise. C'était un vrai jugement et je crois qu'il faut décider qu'en théorie absolue il eût pu emporter hypothèque judiciaire sur les biens du directeur; mais il est bien certain que la question n'a qu'un intérêt purement théorique, et que probablement jamais l'Etat n'a songé à inscrire à son profit une pareille hypothèque. Du reste la loi du 31 juillet 1879 a substitué la régie de l'Etat au régime de l'entreprise, de sorte que bien que les fonctions de directeur et de sous-directeur soient restées les mêmes, l'hypothèque judiciaire ne pourrait, même en théorie, résulter de leur décisions puisqu'elle existerait au profit de l'Etat contre l'Etat.

Il arrive quelquefois que l'on institue des commissions contentieuses de liquidation ayant un caractère provisoire et qui constituent des tribunaux administratifs. Ainsi les lois des 6 septembre 1871, 7 janvier 1872 (article 2), 28 juillet 1874 (article 3 et 4), ont

organisé des commissions pour liquider les dédommagements alloués aux victimes de la guerre et des événements de 1870-1871. L'article 4 de la loi du 28 juillet 1874 donne à ces commissions le droit de statuer « *définitivement, souverainement et sans recours* ». Néanmoins je ne crois pas que l'hypothèque judiciaire puisse être attachée à leurs décisions. En effet, j'établirai, en traitant des effets de l'hypothèque judiciaire, que d'une façon générale elle ne résulte pas des jugements rendus contre l'Etat ; du reste en fût-il autrement, on devrait déroger ici à la règle générale, car le préambule de la loi du 6 septembre 1871 porte que ce texte ne modifie en rien le principe de l'irresponsabilité de l'Etat relativement aux faits de guerre dus à la présence et à l'occupation de l'ennemi. C'est une obligation purement morale, que l'Etat a acquittée et qui ne pouvait donner une véritable créance contre lui.

Enfin il faut décider que les jugements rendus par les conseils privés institués à la Martinique, à la Guadeloupe (ordonnances des 9 février 1827 et 22 août 1833), à la Réunion (ordonnances des 21 août 1825 et 22 août 1833), dans l'Inde française (décret du 24 juin 1879), à la Nouvelle Calédonie (décret du 12 décembre 1874), et par les conseils d'administration dans les autres colonies emportent hypothèque judiciaire. Ce sont en effet des juridictions administratives qui ont des attributions contentieuses parfaitement déterminées et assez analogues à celles des conseils de préfecture.

§ II

Contraintes administratives

Les contraintes administratives ne sont pas à proprement parler des jugements, ce sont « *des mande-* « *ments décernés par les agents de l'administration* « *contre les redevables de deniers publics ou de droits* « *fiscaux* (1) ».

On considère la fixation de la créance de l'Etat par l'administrateur comme un acte authentique auquel on a conservé les effets attachés sous l'ancien droit à tous les actes authentiques, c'est-à-dire qu'on a continué à lui faire produire hypothèque dans des conditions que je vais avoir à déterminer.

Une présomption légale de vérité s'attache à la créance qu'il s'agit de recouvrer et l'Etat peut procéder *de plano* par voie d'exécution. Si ces contraintes ne sont pas absolument des jugements dans le sens exact du mot, il me semble du moins qu'il vaut mieux les en rapprocher que de les classer parmi les actes administratifs. Si on ne peut pas dire que la contrainte mette fin à un litige entre deux parties, il n'en est pas moins vrai qu'elle impose à l'une des parties par une condamnation l'acquittement d'une obligation. D'ailleurs si la contestation n'existe pas dès le début, c'est que celui contre lequel la contrainte est décernée n'est pas appelé à ce moment à contredire les pré-

(1) Valette. Mélanges. Tome 1, page 319.

tentions de son adversaire qui est l'Etat, mais plus tard il aura le droit d'attaquer la décision par la voie de l'opposition. Quoi qu'il en soit, il est certain que l'analogie n'est pas complète entre les jugements et les contraintes, et le rapprochement que j'en ai fait ici est simplement destiné à expliquer pourquoi j'ai compris l'examen des contraintes dans l'étude de la première source de l'hypothèque judiciaire et non dans celle de la seconde source, c'est-à-dire des actes judiciaires.

Le droit de décerner des contraintes accordé aux agents de l'administration est fort ancien ; l'article 18 de l'ordonnance de 1566 sur l'inaliénabilité du domaine était ainsi conçu : « *pour les droits dépendant « de notre domaine, sera et pourra être en tous lieux « et parlements procédé par saisie.* » Il est certain que l'hypothèque résultait de ces contraintes puisqu'elle était attachée à tous les actes authentiques.

De nombreuses lois encore en vigueur et qui remontent presque toutes à la période du droit intermédiaire ont consacré ce droit de décerner des contraintes. Ainsi il est attribué à l'administration des douanes (loi des 6-22 août 1791, titre XIII, articles 13, 31, 32, 33, — loi 14 fructidor an III) ; à l'administration de l'enregistrement et des domaines (loi 19 août-12 septembre 1791. — loi 22 frimaire an VII, article 64) ; à l'administrations des contributions indirectes (loi du 1er germinal an XIII, articles 43, 44, 45) ; au ministre des finances (lois du 12 vendémiaire,

du 13 frimaire et arrêtés des consuls du 18 ventôse an VIII).

Mais tous ces textes étaient muets sur l'hypothèque judiciaire. Aussi la question pouvait-elle être discutée ; cependant il n'est pas douteux que la loi des 28 octobre-5 novembre 1790, titre II, article 14, a voulu conserver aux contraintes, en ce qui concerne l'hypothèque, les effets qu'elles avaient dans l'ancien droit : « *le ministère des notaires ne sera nullement « nécessaire pour la passation desdits baux (c'est-à-dire « des baux de biens domaniaux), ni pour tous les « actes d'administration. Ces actes ainsi que ces baux « seront sujets au contrôle et ils emporteront hypothè- « que et exécution parée.* » Il faut remarquer du reste qu'à ce moment le principe de l'ancien droit, qui attachait une hypothèque générale à tous les actes authentiques, existait encore.

La loi du 11 brumaire an VII ne faisait pas mention des contraintes administratives parmi les sources de l'hypothèque judiciaire, aussi la question pouvait être controversée, mais il fallait décider, je crois, qu'elles étaient dépourvues de cet effet, car il n'était vraiment pas possible de les faire rentrer dans la catégorie des « *créances résultant des condamnations « judiciaires* » (article 3). Tout au plus pourrait-on soutenir peut-être qu'elles produisaient une hypothèque légale en vertu de la loi du 5 novembre 1790.

Telle devait encore être la solution à l'origine du Code civil, car l'article 2123 ne parle pas des contraintes administratives. Mais on ne devait pas tarder

à faire revivre les anciennes règles. En effet le titre des privilèges et hypothèques était promulgué le 8 germinal an XII (29 mars 1804), et dès le 25 thermidor an XII, un avis du Conseil d'Etat ayant force de loi décidait la question. Deux autres avis, l'un en date du 29 octobre 1811 approuvé le 12 novembre suivant, l'autre du 24 mars 1812, puis des ordonnances et décrets postérieurs ont confirmé la solution. Je crois devoir transcrire ici les termes de l'avis du 25 thermidor an XII parce qu'ils ont donné lieu à des difficultés que je vais avoir à examiner. Cet avis n'avait pas été, on ne sait pourquoi, inséré au bulletin des lois ; mais celui du 29 octobre 1811 a ordonné l'accomplissement de cette formalité, lui attribuant ainsi la force législative qui lui manquait.

L'avis de l'an XII est ainsi conçu : « Le Conseil « d'Etat... *considérant que les administrateurs aux-* « *quels les lois ont attribué, pour les matières qui y* « *sont désignées, le droit de prononcer des condam-* « *nations ou de décerner des contraintes, sont de véri-* « *tables juges dont les actes doivent produire les* « *mêmes effets et obtenir la même exécution que ceux* « *des tribunaux ordinaires, et que ces actes ne peu-* « *vent être l'objet d'aucun litige devant les tribunaux* « *ordinaires sans troubler l'indépendance de l'autorité* « *administrative garantie par les constitutions de* « *l'empire français, est d'avis : 1° que les condamna-* « *tions et les contraintes émanées des administrateurs,* « *dans les cas et pour les matières de leur compé-* « *tence, emportent hypothèque de la même manière*

« *et aux mêmes conditions que celles de l'autorité* « *judiciaire; 2° Que conformément aux articles 2157* « *et 2159 du Code civil français, la radiation non* « *consentie des inscriptions hypothécaires faites en* « *vertu de condamnations prononcées ou de contraintes* « *décernées par l'autorité administrative doit être* « *poursuivie devant les tribunaux ordinaires; mais* « *que si le fond du droit y est contesté, les parties* « *doivent être renvoyées devant l'autorité adminis-* « *trative.* »

En présence de la généralité des termes de cet avis et de ceux qui l'ont confirmé, il semble qu'il ne puisse s'élever aucune difficulté et que toutes les contraintes administratives doivent emporter hypothèque. Cependant il s'est produit de vives controverses que je dois indiquer.

Il y a néanmoins des hypothèses où la solution n'est pas douteuse. Ainsi il est certain que les contraintes décernées par l'administration des douanes sont régies par l'avis du 25 thermidor an XII, puisque l'avis du 12 novembre 1811 rendu spécialement sur cette question se réfère à celui du 25 thermidor an XII.

Mais laissant de côté ce cas particulier, la Cour de cassation a, par deux arrêts fort importants, voulu établir une distinction entre les contraintes. Elle fait résulter l'hypothèque des contraintes « *que les admi-* « *nistrateurs ont le droit de décerner en qualité de* « *juges et sans que ces actes puissent être l'objet* « *d'aucun litige devant les tribunaux* »; au contraire

celles qui peuvent faire l'objet d'un litige devant les tribunaux n'emportent pas hypothèque. La deuxième classe comprendrait toutes les contraintes qui peuvent donner lieu à opposition devant les tribunaux ordinaires, c'est-à-dire celles décernées par l'administration des contributions indirectes et de l'enregistrement ; les contraintes émanant de l'administration des douanes auraient même dû y rentrer sans le texte formel de l'avis du 12 novembre 1811. La première classe ne renfermerait que les contraintes décernées par l'administration des contributions directes et les ministres, les seules qui ne soient pas susceptibles d'opposition devant les tribunaux ordinaires (1).

On peut résumer en quelques lignes les arguments de la Cour de cassation contenus dans ces deux arrêts. L'avis du Conseil d'Etat de l'an XII, d'après la Cour de cassation, ne s'applique qu'aux contraintes qui sont des actes de juridiction, qui ont le caractère de véritables jugements. Les autres contraintes sont « *des actes de pur commandement qu'une simple* « *opposition met en litige devant les tribunaux civils.* »

L'avis du Conseil d'Etat du 12 novembre 1811 ne contient de dispositions qu'en ce qui concerne l'administration des douanes et dans une matière toute

(1) Arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 28 janvier 1828 (Sir. 1828, I, 19), affaire Scellier. Cette arrêt est relatif aux contraintes décernées par la régie de l'enregistrement.

Arrêt de la Chambre des requêtes du 9 novembre 1880 (Sir. 1881, I, 304). Cet arrêt, qui vise les contraintes de l'administration des contributions indirectes, confirme un arrêt de la Cour de Paris du 16 décembre 1879 (Sir. 1880, II, 180) rendu malgré les conclusions très remarquables de M. l'avocat général Chevrier.

différente; il apporte au principe une exception qu'il ne faut pas étendre et qui du reste résultait déjà de la loi des 6-22 août 1791 (titre XIII, article 23).

Cette manière de voir, qui probablement est destinée à pénétrer de plus en plus dans la jurisprudence, car l'arrêt de 1880 est très formel, a du reste été partagée par quelques auteurs, entre autres M. Troplong et Durieu (1).

Cependant presque toute la doctrine la répudie, et je crois avec MM. Vallette, Serrigny, Pont, Aubry et Rau, Ducrocq (2) notamment, et aussi un arrêt de la cour de Lyon (3) que la distinction introduite par la cour de cassation ne peut pas être admise sous peine de fausser complètement le sens des textes et des principes qui régissent toute cette matière. Il me semble que les termes absolument généraux de l'avis du 25 thermidor an XII, ne laissent place à aucun doute : « *les contraintes émanées des adminis-* « *teurs, dans les cas et pour les matières de leur com-* « *pétence, emportent hypothèque...* » Ce texte vise toutes les contraintes sans distinction et l'avis du 12 novembre 1811 le reconnaît lui-même, puisque relativement aux contraintes décernées par l'administration des douanes il déclare « *que la question est décidée* « *par l'avis du 25 thermidor an XII.* »

(1) Troplong, n° 447. — Durieu. tome I, p. 466.

(2) Valette. Mélanges, tome I, page 317 et s. s. — Serrigny. Revue critique de 1856, tome IX, page 554. — Pont, article 2123, n° 582. — Aubry et Rau, tome III, n° 265 note 15. — Ducrocq. Traité de droit administratif, tome II, n° 1103.

(3) Lyon, 7 août 1829 (Sir. 1128-1830, II, 316).

Or l'avis du 25 thermidor n'ayant pas prévu spécialement cette classe particulière de contraintes, il n'y a pas de raison pour ne pas l'appliquer à toutes, d'autant plus que les mêmes motifs d'intérêt public exigent que des effets identiques soient attribués à toutes les contraintes. Du reste l'avis du 12 novembre 1811 ne renvoie même pas implicitement à la loi de 1791 et il ne pouvait pas s'y rapporter, car l'hypothèque établie par l'article 23 de cette loi est une hypothèque légale et non une hypothèque judiciaire ; elle résulte « *de la soumission faite par les redevables sur* « *les registres de l'administration et signée par eux* « *ou leurs fondés de pouvoir* », et elle est relative « *au recouvrement des droits dont il aurait été fait* « *crédit, ou pour défaut de rapport des certifi-* « *cats de décharge des acquits à caution.* » L'hypothèque pouvait donc, d'après cette loi, être antérieure à la contrainte décernée contre le redevable ; elle était un vestige de l'ancien principe qui l'attachait aux actes authentiques et qui subsistait encore à ce moment. Aussi n'avait-elle rien de commun avec celle qui résulte des contraintes.

Quant à l'argument de la cour de cassation consistant à dire que l'avis de l'an XII n'a voulu faire produire l'hypothèque qu'aux contraintes qui constituent des actes de juridiction, il me paraît facile de le refuter. En effet la simple lecture de l'avis suffit à démontrer qu'il a précisément entendu faire une distinction entre les actes de juridiction d'un part, et toutes les contraintes de l'autre. A plu-

sieurs reprises le conseil d'Etat emploie la double expression de « *condamnations prononcées et de con-* « *traintes décernées* ».

Les deux termes vont toujours ensemble et ne sont jamais séparés ; à moins de dire que c'est là le résultat d'une redondance difficilement présumable, il faut en conclure que le Conseil d'Etat n'a pas assimilé les contraintes en général, ni certaines d'entre elles aux condamnations prononcées par les tribunaux administratifs pour lesquelles d'ailleurs l'article 2123 suffisait amplement, puisqu'elles rentrent dans la catégorie des jugements. Il devait du reste en être ainsi car dans le langage juridique le mot contrainte a une signification parfaitement déterminée qui ne permet pas de confondre ces « *mandements décernés par les* « *agents de l'administration contre les redevables de* « *deniers publics ou de droits fiscaux* (1) » avec les jugements rendus par les tribunaux administratif. La cour de cassation invoque ces mots de l'avis du 25 thermidor « *considérant... que ces actes ne peuvent* « *être l'objet d'un litige devant les tribunaux ordinai-* « *res sans troubler l'indépendance de l'autorité admi-* « *nistrative...* » ; mais ce n'est là qu'un considérant, qu'un motif surabondant en quelque sorte, a-t-on pu dire, qui ne diminue en rien la portée absolument générale du dispositif reconnue par l'avis du 12 novembre 1811. Ces mots n'ont d'ailleurs d'autre but, il est facile de s'en convaincre en lisant la phrase entière, que d'expliquer pourquoi on attache la force

(1) Valette. Mélanges, tome I, page 319.

exécutoire et l'hypothèque aux contraintes administratives ; on a voulu assurer sans frais à l'Etat une hypothèque destinée à garantir le recouvrement de ses droits fiscaux indépendamment de toute intervention d'un tribunal ordinaire. Sans doute au moyen de l'opposition on pourra saisir la justice civile, mais alors elle ne statuera qu'à titre exceptionnel, comme juridiction supérieure, et dans des hypothèses qui se présenteront rarement, de sorte que le principe de l'indépendance des décisions administratives, relativement au recouvrement des droits fiscaux, n'en subsistera pas moins avec tous ses avantages.

Cette observation m'amène à un argument sur lequel on n'a pas assez insisté jusqu'ici, selon moi. En supposant que la théorie de la Cour de cassation fût exacte et que l'avis du 25 thermidor n'eût voulu viser que les contraintes qui constituent des actes de juridiction, ne pourrait-on pas dire cependant que les contraintes décernées même par l'administration des domaines et celle des contributions indirectes, peuvent être assimilées jusqu'à un certain point à de véritables jugements En effet, et c'est là une considération que j'ai déjà brièvement exposée, ces contraintes contiennent bien la constatation d'une obligation dont elles imposent l'acquittement à une personne déterminée puisqu'elles sont exécutoires. Il est vrai que le condamné n'est pas appelé à contredire les prétentions de l'Etat au moment où la contrainte est décernée, mais plus tard il y sera admis au moyen d'une opposition qui saisira un tribunal ordinaire. Quoi qu'il en soit, il faut re-

connaître que la Cour de cassation a maintenu énergiquement sa doctrine de 1828 et il est fort probable qu'elle ne se résoudra pas facilement à l'abandonner.

La cour de cassation ne fait donc résulter l'hypothèque que des contraintes décernées :

1° Par l'administration des douanes ;

2° Par le ministre des finances ;

3° Par l'administration des contributions directes.

Or quelques auteurs (1) accentuant encore notre désaccord avec la cour de cassation ont voulu, tout en admettant en principe que l'hypothèque doit être attachée aux contraintes, refuser cet effet aux contraintes décernées par l'administration des contributions directes ; de sorte que si l'on adoptait à la fois cette théorie et celle de la cour de cassation, l'avis du 25 thermidor an XII ne s'appliquerait qu'aux contraintes émanées de l'administration des douanes et du ministre des finances. Encore ces dernières sont-elles plutôt des jugements que des contraintes, puisque les ministres sont les juges administratifs de droit commun, d'après l'opinion la plus accréditée.

Pour les partisans de cette théorie, l'acte émanant de l'administration des contributions directes n'est pas une contrainte : « *il n'en a que le nom*, « dit M. Serrigny, *et en réalité ce n'est qu'une* « *injonction adressée à l'agent y désigné de se* « *transporter au domicile du percepteur à l'effet* « *d'exercer des poursuites contre les redevables*

(1) Serrigny : loc. cit. page 559 et s. s. — Aubry et Rau : Tome III, n° 265, note 15. Durieu : loc. cit.

« *en retard.* » En outre lorsque l'avis du 25 thermidor attache l'hypothèque aux contraintes, c'est que le visa du magistrat de l'ordre judiciaire dont elles doivent être revêtues en fait des actes judiciaires, et les soumet par suite à la règle de l'article 2117 : « *l'hypothèque..... résulte des jugements ou actes ju-* « *diciaires.* » J'ai répondu à ce dernier argument en faisant observer que ce n'est pas à titre d'actes judiciaires que les contraintes produisent l'hypothèque ; quant à l'article 2117 j'ai indiqué déjà que sa portée doit être singulièrement restreinte et c'est un point sur lequel je reviendrai en traitant des actes judiciaires.

On peut faire à cette théorie exactement les mêmes reproches qu'à celle de la cour de cassation ; elle crée la loi au lieu de l'appliquer alors que ses termes sont d'une clarté parfaite. Il est possible que les contraintes émanées de l'administration des contributions directes aient des formes particulières et une nature spéciale, mais leur but et leurs effets sont identiques à ceux des autres contraintes. Elles ont pour résultat d'assurer le recouvrement rapide et sans frais des créances de l'Etat, pourquoi ne pas leur assurer les mêmes garanties d'exécution ? L'expression de « *contrainte* » a, nous l'avons constaté, un sens technique dans la langue du droit, sens consacré par des traditions constantes et très anciennes puisqu'elles remontent jusqu'au quatorzième siècle, consacré aussi par les textes, et la définition que j'en ai donnée d'après M. Valette peut s'appliquer à toutes les contraintes, même

à celles décernées par l'administration des contributions directes qui sont elles aussi « *des mandements* « *décernés par les agents de l'administration contre* « *les redevables de deniers publics ou de droits fis-* « *caux.* » Aussi je ne comprends pas qu'on veuille faire une distinction que les termes de l'avis du 25 thermidor n'autorisent nullement. Enfin on peut découvrir dans ces contraintes elles-mêmes le caractère d'un jugement, elles imposent une obligation au redevable et s'il est vrai qu'il n'est pas possible de les attaquer par la voie de l'opposition devant les tribunaux ordinaires, on peut le faire devant les conseils de préfecture qui constituent une véritable juridiction.

Je conclus donc que toutes les contraintes quelles qu'elles soient sont régies par l'avis du 25 thermidor, et que toutes doivent produire l'hypothèque judiciaire.

Mais, d'accord cette fois avec MM. Valette et Serrigny, je ne crois pas qu'on doive ranger parmi les contraintes les exécutoires délivrés par les maires et les préfets. Ces actes ne sont jamais désignés sous le nom de contraintes; ils ont la force exécutoire, et non la force hypothécaire qui en diffère profondément. Du reste la solution contraire aurait pour conséquence de faire résulter l'hypothèque judiciaire de la seule confection des états de la préfecture ou de la mairie, et de modifier ainsi la nature de toutes les créances départementales ou communales. On comprend que cette garantie ait été attachée au recouvrement des impôts et des droits fiscaux par un motif d'intérêt pu-

blic, mais ici ce serait élargir encore sans raison le réseau si étendu de l'hypothèque judiciaire ; les privilèges de l'état sont déjà assez grands, on dit même quelquefois qu'ils sont exagérés, il est inutile d'en créer de nouveaux en dehors des termes de la loi.

SECTION III

DÉCISIONS ÉMANANT DES JURIDICTIONS ÉTRANGÈRES

Un jugement est une émanation de la souveraineté nationale, à laquelle les juges qui l'ont rendu ont emprunté le pouvoir d'imposer une loi à deux parties dont le différend affectait dans une certaine mesure l'ordre social tout entier. Cette loi particulière, il faut que son exécution soit assurée ; aussi toutes les législations l'ont-elle entourée de certaines garanties. Mais la souveraineté nationale d'un pays s'arrête aux limites de son territoire, et lorsqu'une sentence franchit la frontière, elle perd sa force exécutoire et une grande partie tout au moins des effets qu'elle aurait pu produire dans les contrées soumises à la juridiction qui l'a prononcée. Il est nécessaire, pour qu'elle retrouve toute sa force et son caractère complet de jugement, qu'elle soit de nouveau consacrée par la puissance publique du pays où on veut la mettre à exécution. C'est là un principe traditionnel qui forme la base des relations internationales entre les peuples civilisés et que l'article 2123 du Code civil a formulé en ces termes : « *l'hypothèque ne peut pareillement* « *résulter des jugements rendus en pays étrangers,*

« *qu'autant qu'ils ont été rendus exécutoires par un* « *tribunal français, sans préjudice des dispositions* « *contraires qui peuvent être dans les lois politiques* « *ou dans les traités.* »

Je dois faire, avant d'aller plus loin, une observation sur les termes de l'article 2123. Le texte se sert de l'expression « *jugements rendus en pays étranger* », c'est là une inexactitude de rédaction que tout le monde reconnaît sans difficulté ; il aurait fallu dire « *jugements étrangers* » car il y a des jugements rendus en pays étranger qui cependant empruntent directement leur autorité à la puissance publique française ; tels sont, je l'ai déjà constaté, les sentences émanant des consuls ou agents diplomatiques français.

Le principe est donc certain. Les jugements étrangers n'ont en France de force exécutoire, et spécialement ils n'emportent hypothèque judiciaire, que lorsqu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français. Mais si le principe est constant, la portée qu'on doit lui donner a soulevé de longues et vives controverses dans la doctrine et la jurisprudence. Quel rôle faut-il assigner au tribunal français ; quel est le caractère du jugement étranger en dehors de la force exécutoire qui lui manque certainement ? Ce sont là autant de questions célèbres qui divisent les jurisconsultes et sur lesquels on a écrit des volumes. Je n'ai pas l'intention d'examiner ici toutes les difficultés qu'a fait naître la nécessité de rendre exécutoires en France les jugements étrangers ; ce serait

sortir du cadre de mon sujet puisque je n'étudie pas l'exécution des jugements, mais seulement l'hypothèque judiciaire qui n'est que la garantie de l'exécution ; je veux résoudre simplement les questions qui se rattachent d'une façon assez directe à la théorie de l'hypothèque judiciaire. Je diviserai mes explications en trois paragraphes. Dans le premier, je me demanderai quel est le rôle assigné au tribunal français. Dans le second je déterminerai brièvement, parce que cette matière n'a pas un lien immédiat avec l'hypothèque judiciaire, quels jugements étrangers sont régis par l'article 2123 et quel est le tribunal français compétent pour les déclarer exécutoires. Enfin le troisième paragraphe sera relatif aux règles spéciales édictées par des lois politiques ou des conventions diplomatiques dont l'article 2123 lui-même a prévu l'éventualité.

§ I

Quel est le rôle assigné aux tribunaux français ?

Comment faut-il interpréter l'article 2123 du Code civil et l'article 546 du Code de procédure ; quel sera le pouvoir du tribunal chargé de déclarer exécutoire le jugement étranger ? Telle est la question à laquelle trois opinions principales soutenues avec conviction, avec passion, pourrait-on dire, par de nombreux jurisconsultes et appuyées toutes par des documents de jurisprudence, ont voulu donner trois solutions différentes.

Une première théorie propose une distinction ; en règle générale le tribunal francais ne devra pas réviser

au fond le jugement étranger, il le pourra si ce jugement lèse les intérêts d'un Français. Une deuxième théorie donne toujours et dans tous les cas au tribunal français le pouvoir de réviser la sentence étrangère et de juger de nouveau le procès au fond. Enfin la troisième théorie à laquelle je me rallie entièrement, décide que jamais le tribunal français ne pourra revenir sur ce qui a été jugé, ni reviser le jugement étranger ; il se contentera de refuser ou d'accorder la formule exécutoire destinée à produire l'hypothèque judiciaire ; son appréciation devra porter uniquement sur certains points étrangers au litige en lui-même, et que j'aurai à préciser.

Premier système. — Je répète la formule que j'en ai déjà donnée. Le jugement étranger, dit-on, a en principe l'autorité de la chose jugée, il lui manque seulement la force exécutoire que le tribunal français lui donnera par un simple *pareatis* sans pouvoir le réviser au fond ; mais exceptionnellement quand le jugement étranger aura été rendu contre un Français, le procès pourra être de nouveau débattu devant le tribunal français chargé d'accorder l'*exequatur*.

Pour justifier son principe, ce système invoque des considérations d'utilité générale, et se base sur la nécessité de maintenir entre les divers pays des relations internationales indispensables surtout au point de vue commercial ; ce sont-là des raisons qui viennent également à l'appui du troisième système à l'occasion duquel je les developperai.

Mais l'argument capital de cette théorie, celui sur lequel elle fonde une distinction que je considère comme purement arbitraire, est un argument historique tiré d'anciens textes et d'anciennes pratiques dont on prétend établir la non-abrogation par la législation actuellement en vigueur.

L'ordonnance de 1629 ou code Michaud, dont j'ai déjà parlé dans la première partie de cette étude, rédigée sous l'inspiration du chancelier Michel de Marillac, consacrait cette distinction dans son article 121 : « *les jugements rendus, contrats et obligations « reçus ès royaumes et souverainetés étrangères, pour « quelque cause que ce soit, n'auront hypothèque ni « exécution en notre royaume ; ains tiendront les « contrats lieu de simples promesses, et nonobstant « les jugements, nos sujets contre lesquels ils ont été « rendus pourront de nouveau débattre leurs droits « comme entiers par devant nos officiers.* » L'article 121 est absolument formel ; dans sa première partie il refuse au jugement étranger la force exécutoire et l'hypothèque, et c'est cette première partie que les articles 2123 et 2128 du Code civil et 546 du Code de procédure ont reproduite, en la complétant il est vrai, puisqu'ils indiquent, ce que ne faisait pas l'article 121 de l'ordonnance, par quelles formalités on pourra rendre ces jugements ou ces actes exécutoires. Quoi qu'il en soit, le principe est certain ; ces jugements n'ont pas la force exécutoire mais ils peuvent l'acquérir, et de plus ils ont en général l'autorité de la chose jugée. Puis la deuxième partie de l'article 121 apporte à ce

principe une exception écrite dans l'intérêt des nationaux et inspirée par une défiance légitime des juridictions étrangères ; lorsque le jugement aura été rendu contre un français, ce français pourra de nouveau débattre « *ses droits comme èntiers* » sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il a été condamné comme défendeur ou comme demandeur.

L'article 121 ne faisait du reste que maintenir une pratique ancienne, et après 1629 la jurisprudence et les auteurs adoptèrent à peu près unanimement les principes consacrés par elle. Ici ce système invoque de nombreux arrêts et des passages empruntés à des jurisconsultes que je ne veux pas rapporter en ce moment; je le ferai en refutant cette théorie, je reprendrai une à une les citations qu'elle produit et je démontrerai combien elles sont peu concluantes. On ajoute encore que les mêmes règles furent suivies pendant tout le droit intermédiaire.

Enfin ces règles certaines n'ont pas été modifiées, dit-on, par le Code civil, et c'est toujours dans l'article 121 de l'ordonnance de 1629 qu'il faut aller rechercher le principe de la solution. Lorsque des dispositions très anciennes ont été consacrées par une pratique et une jurisprudence constantes, leur abrogation est difficilement présumable et il faut des textes précis pour la prononcer. Ces textes n'existent pas dans notre hypothèse ; en effet, la question est traitée dans les articles 2123 et 2128 (Code civil) et 546 (Code procéd. civ.) qui sont la reproduction de la première partie de l'article 121 de l'ordonnance ; ces

textes ont voulu simplement indiquer la règle générale, car autrement ils se seraient expliqués d'une façon plus complète sur les difficultés qui peuvent se présenter. Ils ne constituent donc qu'un renvoi aux anciennes lois que l'on doit appliquer avec toute leur portée.

Sans doute l'article 1041 (Code procédure) déclare abrogés les lois, coutumes, usages, règlements relatifs à la procédure, de même l'article 7 de la loi du 30 ventôse au XII abroge aussi toutes les anciennes lois ou ordonnances qui sont contraires au Code civil ou qui ont statué sur des matières prévues par le Code civil. Mais d'abord l'article 1041 (Code procédure), d'après un avis du conseil d'état du 1er juin 1807 « *ne « porte pas atteinte aux formes de procédure pour « lesquelles il aurait été fait par une loi spéciale ex- « ception aux règles générales.* » En outre l'article 121 de l'ordonnance ne contient pas des règles de procédure mais des règles de compétence, et les Codes civil et de procédure « *n'ont pas dû s'expliquer sur une question « de compétence qui ne rentrait ni dans la matière des « hypothèques ni dans celle de l'exécution forcée des « jugements et actes* (1). » MM. Aubry et Rau (2) ajoutent encore que les dispositions de l'article 121 de l'ordonnance rentrent bien moins dans la sphère du droit civil que dans celle du droit public international.

Quelques arrêts ont admis cette doctrine (3). Enfin

(1) Valette: Mélanges, tome I page 344.

(2) Aubry et Rau : n° 769 ter note 4.

(3) Voir notamment : Cassation, rejet par chambre des requêtes, 7 janvier 1806 (Sir. 1806, I, 129.) Grenoble : 3 janvier 1829 (Sir. 1829, II,

ses représentants les plus autorisés sont MM. Valette, Aubry et Rau, Fœlix (1), Colmet d'Aage (2), Dalloz, Maniez... MM. Merlin, Carré, Berriat Saint-Prix qui l'avaient également suivie, l'ont abandonnée après un arrêt de cassation rendu en 1819, sur lequel j'aurai à revenir.

J'ai reproduit sans trop les affaiblir, je crois, les arguments de ce système auquel il m'est impossible de me ranger. Pour s'imposer il devrait prouver en effet d'une façon irréfutable : 1° Que l'article 121 de l'ordonnance de 1629 formait incontestablement le droit commun antérieur au Code Civil et au Code de procédure civile ; 2° Que cette législation ancienne universellement admise n'a pas été abrogée ni modifiée par la législation nouvelle qui a pris naissance avec les codes de 1804 et de 1806. Or ce système ne démontre ni l'un ni l'autre de ces deux points.

1° L'ordonnnance de 1629 ne formait pas le droit commun incontestable de la France. C'est ici le moment de reprendre et de dévolopper les notions historiques relatives à notre question que j'ai simplement esquissées dans ma première partie, estimant que leur étude détaillée serait plus logique et plus utile lorsque j'en serais arrivé à l'examen de l'effet des

176). Angers : 4 juillet 1866 (Sir. 1866, II, 300). Tribunal de la Seine : 16 juillet 1873 (le Droit du 21 septembre 1873). Un jugement du tribunal de la Seine du 18 août 1883 (journal de droit international privé de 1884, page 189), paraît admettre la même théorie.

(1) Fœlix : droit international, pages 390 et s. s.

(2) Colmet d'Aage, sur Boitard, à l'article 546 Code procédure.

jugements étrangers par rapport à l'hypothèque judiciaire.

On oppose d'abord des arrêts anciens et antérieurs à 1629, rapportés par Mornac et Trancou et par Choppin (1). Mais ces arrêts consacrent seulement le principe que les jugements étrangers ne sont pas exécutoires en France; ils se bornent à déclarer que la force exécutoire devra leur être attribuée par les juges français, sans faire la moindre allusion à la distinction contenue dans l'article 121 de l'ordonnance. (Arrêts des 13 août 1534, 21 mai 1585, 14 mars 1603, 31 août 1611.) (2)

L'ordonnance est donc venue établir un principe nouveau, en tant qu'elle distingue suivant que le jugement a été rendu ou non contre un Français. Or l'ordonnance de 1629 ne fut pas appliquée entièrement, la disgrâce de son auteur Michel de Marillac l'empêcha de devenir le droit commun de la France. La plupart des parlements réfusèrent de l'enregistrer, et ceux qui l'admirent ne le firent qu'avec des restrictions assez nombreuses; elle ne fut enregistrée que dans les parlements de Toulouse, Grenoble, Bordeaux et Normandie. Elle ne fut jamais publiée en Franche-Comté par exemple. Devant le parlement de Paris elle le fut dans un lit de justice, mais le parlement refusa toujours de l'enregistrer.

L'histoire de ce lit de justice nous est rapportée tout

(1) Choppin, sur la Coutume d'Anjou, livre 3, chap. 3, titre 3, nos 11 et 12.

(2) Brodeau, sur les articles 164 et 165 de la Coutume de Paris, n° 9.

au long dans les mémoires de Talon (1) ; j'en cite le passage le plus caractéristique : « *l'édit n'ayant point « été délibéré dans la compagnie, n'a point été exé- « cuté.* » Puis Talon ajoute que malgré l'existence d'un article dans l'ordonnance sur les mariages clandestins, on a depuis envoyé une ordonnance au Parlement sur le même objet : « *le roi et ses ministres sa- « chant bien que l'ordonnance enregistrée en sa « présence ne s'exécuterait pas.* » Le président Hénaut dans son abrégé chronique de l'histoire de France, s'exprime ainsi : « *le roi, malgré les oppositions du « Parlement, le fit publier dans un lit de justice, car il « n'est pas dit qu'il y fut vérifié. Aussi cet édit n'a « pas été observé dans la suite et les avocats ne le ci- « taient pas comme une loi.* » On pourrait encore invoquer le témoignage de l'auteur anonyme de l'ouvrage intitulé « *des commissions extraordinaires en matière criminelle* » (2) où l'on trouve ces mots : « *Le Parlement de Paris n'a jamais reconnu l'ordon- « nance de 1629... elle n'est jamais citée par les avo- « cats du Parlement de Paris et n'a jamais été obser- « vée.* » Bouhyer (3), d'Héricourt (4) ne sont pas moins formels.

On invoque cependant, il est vrai, des passages d'anciens auteurs. D'abord Brodeau (5) ; mais Brodeau

(1) Talon : Tome III, page 329.
(2) Page 69.
(3) Bouhyer : Coutume de Bourgogne, chap. 53 n° 46.
(4) D'Héricourt. Vente des immeubles, chap. 10 n° 34.
(5) Brodeau. Sur l'article 183 de la Coutume de Paris.

se borne à dire que les jugements étrangers ne sont pas exécutoires en France, sans faire allusion à la distinction de l'article 121. D'autres citations, que je ne veux pas reproduire, de Ricard (1), du journal des Audiences (2), de Boniface (3) ne sont pas plus concluantes.

Il faut reconnaître cependant que l'on retrouve quelques traces de cette théorie et que la distinction est parfois indiquée. Ainsi par exemple Boniface (4), Julien (5), Boullenois (6) et quelques arrêts (10 mars 1687, 10 novembre 1678 au Parlement d'Aix; 16 avril 1677 et 25 février 1778 au Parlement de Paris) l'ont consacrée. Il paraît même que tel était l'avis de Séguier.

Mais ce sont là des opinions isolées, et il faut remarquer que presque jamais ces décisions ne s'appuient sur l'article 121 de l'ordonnance de 1629.

Il est au contraire facile de prouver que cette théorie était en général répudiée, et qu'en ce qui concerne le rôle attribué au tribunal français chargé de rendre exécutoire le jugement étranger, on faisait rarement une différence suivant que le jugement avait été rendu contre un Français ou un étranger. Choppin (7) d'abord, qui rapporte les arrêts que l'on invoque,

(1) Ricard. Donations, partie I, n° 263.
(2) Journal des audiences. Tome I, livre 1, chap. 82.
(3) Boniface. Tome II, partie 3, livre 1, titre 1, chap. 16.
(4) Boniface. Tome II. liv. 1, titre 1, chap. 4.
(5) Julien. Statut de Provence : Tome II, page 442.
(6) Boullenois. Tome I page 606.
(7) Choppin, loc. cit.

se borne à dire qu'un jugement étranger n'est pas exécutoire en France « *car nous Français ne sommes « pas plus obligés d'exécuter les jugements que ne « sont les étrangers tenus de répondre en la jus- « tice de France sinon pour les choses situées en « France.....* »

Il est vrai que Boullenois (1) décide que les jugements étrangers devront être revisés, mais seulement quand ils auront été rendus contre un Français qui était défendeur, alors que la théorie adverse ne distingue pas si le Français était défendeur ou demandeur. Du reste Boullenois, afin de bien montrer que pour lui cette solution ne découle pas de l'application de l'article 121, ajoute aussitôt : « *Il est vrai que « l'ordonnance de 1629 article 121 porte..... mais « nous avons marqué ci-dessus ce que l'on devait « penser de cette ordonnance.* » Et voici ce qu'il en pense (2) : « *sans parler du sort de l'auteur de cette or- « donnance qui a fait tomber l'ordonnance que les « uns prétendent néanmoins avoir été enregistrée au « parlement et les autres ne l'avoir pas été, il est cer- « tain qu'elle n'a pas eu d'exécution et d'ailleurs elle « contient des dispositions contre lesquelles les juris- « consultes ont toujours réclamé et que les arrêts n'ont « point suivies.* » Cette dernière observation est précisément relative à l'article 121.

Brodeau (3) va plus loin encore ; non seulement il

(1) Boullenois. Tome I, page 646.
(2) Boulenois. Titre II, chapitre 4, observation 25, page 633,
(3) Brodeau. Sur les articles 164 et 165 de la Coutume de Paris.

n'admet pas la distinction de l'article 121, mais pour lui le jugement étranger n'a même pas l'autorité de la chose jugée, et dans tous les cas le tribunal français doit le reviser : « *c'est une maxime hors de contro-* « *verse que les sentences et jugements souverains* « *donnés hors le royaume par juges étrangers ne peu-* « *vent être exécutés sur les biens situés en France où* « *l'on vit sous d'autres lois ou maximes, quand même* « *on aurait obtenu le parêatis et la commission du juge* « *royal du domicile ; mais il faut se pourvoir par* « *nouvelle action et par devant lui ; cognoscere debet* « *de justitia..... dit du Molin.....* » Et Brodeau cite précisément à l'appui de son opinion les arrêts du 13 août 1534, du 21 mai 1585 et du 31 août 1611, invoqués par la théorie que je combats.

Bourjon (1) est d'un avis diamétralement opposé. Il pose en principe que les jugements étrangers sont dans tous les cas rendus exécutoires en France par une sentence qui n'examine pas le bien ou mal jugé : « *Nulle difficulté sur les jugements rendus en pays* « *étranger, ils n'emportent aucune hypothèque sur les* « *biens étant dans le royaume... mais ils passent pour* « *décision juste... ils ont force de chose jugée et le* « *condamné n'est point admis à en faire la critique.* »

Puis plus loin : « *Pour leur faire produire hypo-* « *thèque il faut assigner en France ce condamné et* « *obtenir contre lui une sentence qui ordonne que le*

(1) Bourjon. titre VI des Actions hypothécaires, sections 4 et 5, nos 34, 35, 36, 37,

« *jugement rendu en pays étranger sera exécuté en* « *France.* »

Bourjon ajoute qu'une décision fut rendue conformément à ce principe dans une affaire où il plaidait pour deux étrangers, les frères Sacerdoti, banquiers à Cazal, qui voulaient faire déclarer exécutoires en France des jugements obtenus par eux à Milan. Dans cette théorie très complète que nous donne Bourjon sur l'effet des jugements étrangers, il ne fait donc pas la moindre allusion à la distinction de l'article 121.

Je pourrais multiplier ces citations, mais il me semble que ce serait un travail inutile ; je veux les terminer par un résumé de la doctrine de Pothier sur cette matière. Pothier fut, on le sait, le guide des rédacteurs du Code civil ; presque toujours ils se sont inspirés de ses idées et souvent ils ont copié, pour en faire des articles du code, des passages entiers de cet auteur. J'ai déjà constaté que dans son traité de l'hypothèque, Pothier se borne à indiquer très succinctement que les jugements étrangers ne sont pas exécutoires en France. Dans son introduction au titre XX de la Coutume d'Orléans, il est beaucoup plus explicite. Il examine le point de savoir si les actes reçus par les notaires étrangers emportent hypothèque en France ; il rapporte des opinions et des arrêts différents, et conclut en disant que la solution n'est pas certaine, bien qu'elle ait été donnée par l'article 121 de l'ordonnance de 1629 : « *ce sentiment a été embrassé* « *par l'ordonnance de 1629 article 121 ; mais cette* « *ordonnance étant, comme l'on sait, demeurée sans*

« *exécution, la question demeure indécise.* » Puis plus loin, mais toujours dans la même section intitulée : « *Comment s'acquiert l'hypothèque* », il se demande quelles sont les sources de l'hypothèque judiciaire : « *elle est accordée aux jugements, tant des* « *juges subalternes que des royaux, tant des juges or-* « *dinaires que des juges d'attribution, même à ceux* « *des juges consuls; mais ceux des juges d'un pays* « *hors de la domination du roi, des juges d'église et* « *des arbitres ne peuvent produire d'hypothèque sur* « *les biens du condamné ; celui au profit duquel ces* « *sortes de jugements sont rendus ne peut l'acquérir* « *que du jour qu'il en aura fait prononcer l'exécution* « *par un juge compétent pour cela.* »

Pothier assimile complètement les jugements étrangers aux sentences rendues par des arbitres ou des juges d'Eglise pour lesquels il est certain que la force exécutoire résulte d'une permission du juge laïque (1). La théorie de Pothier n'est donc pas douteuse ; pour lui les jugements étrangers ont en France l'autorité de la chose jugée sans aucune distinction, il ne leur manque que la force exécutoire. Non seulement il ne donne pas pour base à cette doctrine l'article 121 de l'ordonnance de 1629, mais encore, à plusieurs reprises, il prend soin de déclarer que l'ordonnance n'a jamais été exécutée en France, et que les questions qu'elle prétend trancher demeurent controversées.

(1) Article 431 de la coutume d'Orléans.

De toute cette discussion il faut retenir que dans l'ancien droit, loin de constituer une règle générale unanimement reçue par les auteurs et la jurisprudence, les dispositions de l'ordonnance de 1629, et spécialement la distinction écrite dans son article 121, n'avaient pas des partisans très nombreux. Sans doute quelques parlements l'observaient, des arrêts l'avaient consacrée et des auteurs l'avaient admise, mais l'opinion la plus répandue était que tous les jugements étrangers avaient autorité de chose jugée en France, et étaient revêtus de *l'exequatur* par un tribunal français, indépendamment de tout examen au fond, sans qu'il y eût lieu de faire une différence suivant qu'ils avaient été rendus contre un Français ou en sa faveur.

C'est là un point que je considère comme acquis, et dont je tirerai argument en exposant sur cette question la troisième théorie, à laquelle je me suis rallié. J'en conclus donc que le premier système n'a pas prouvé la première des deux propositions qui forment sa base.

2° J'ajoute que sa seconde proposition n'est pas plus exacte. L'article 121 de l'ordonnance de 1629 eût-il formé, sans controverse possible, le droit commun de la France, ce qui n'est pas, je viens de le démontrer, il est certain que maintenant ce texte est abrogé et ne peut plus servir à résoudre les questions qui se posent sous l'empire de la législation actuelle. En effet les articles 2123, 2128 du Code civil et 546 du Code de procédure n'ont pas reproduit la distinc-

tion de l'article 121 de l'ordonnance. Or la loi du 30 ventose au XII (art. 7), et l'article 1041 du Code de procédure ont abrogé toutes les ordonnances et coutumes, tous les édits et règlements contraires aux dispositions de nos codes ou même relatives aux matières réglées par les lois nouvelles; la conclusion nécessaire est que l'article 121 de l'ordonnance de 1629 n'a plus pour nous la valeur d'un texte législatif, alors même qu'il eût eu autrefois force de loi. On objecte que, d'après un avis du conseil d'Etat du 1er juin 1807, l'article 1041 « *n'a porté aucune atteinte* « *aux formes de procéder, en toutes matières pour* « *lequelles il aurait été fait, par une loi spéciale, ex-* « *ception aux règles générales.* » On ajoute que le Code civil et celui de procédure n'ont pas dû s'expliquer sur une règle de compétence qui ne rentrait ni dans la matière des hypothèques, ni dans celle de l'exécution forcée des jugements et actes.

Il est facile de répondre à cet argument. D'abord il n'existe pas de loi spéciale faisant ici exception aux régles générales ; cette loi spéciale ne pourrait être que l'article 121 de l'ordonnance, et précisément c'est l'existence de cette loi et sa non-abrogation qu'il faut prouver ; l'objection n'est autre chose qu'une pétition de principe. En outre il est assez étrange de prétendre que ni le Code civil, ni le Code de procédure, ne doivent se préoccuper d'une question de compétence; on se demande où cette question pourrait être traitée plus logiquement ailleurs. Si ces deux codes l'ont prévue, l'un au titre des hypothèques,

l'autre au titre de l'exécution forcée des jugements et actes, c'est que la théorie des jugements étrangers se rapporte à la fois à celle des hypothèques et à celle de l'exécution forcée. Il fallait bien, avec l'article 2123 du du Code civil, décider à quelles conditions ces jugements emporteraient hypothèque judiciaire ; de plus, c'était tout naturellement sous les articles 545 et suivants du Code de procédure que se plaçait l'examen des règles relatives à leur exécution. MM. Aubry et Rau prétendent que les dispositions de l'article 121 rentrent moins dans la sphère du droit civil que dans celle du droit international. Cette observation n'est pas exacte, car on ne peut pas dire que les dispositions qui accordent ou refusent aux étrangers ou aux jugements étrangers l'application de nos lois civiles, ne soient pas des dispositions de droit civil ; du reste, quand bien même il en serait autrement, il est certain que les principes fondamentaux du droit international privé sont déposés dans le Code civil. Je n'en veux citer pour preuve que les articles 3, 11, 47 relatifs à la condition des étrangers en France et à la règle *locus regit actum*. Or il est incontestable que toutes les anciennes ordonnances qui contenaient des dispositions sur des matières prévues par ces articles ont été abrogées par la loi du 30 ventôse an XII ; il n'y a nulle raison pour décider autrement en ce qui concerne l'ordonnance de 1629, alors surtout que les articles 2123 (Code civil) et 546 (Code procédure) reproduisent, je l'ai déjà démontré et je le prouverai encore, les principes généralement reçus dans l'ancien droit.

Enfin cette solution résulte encore des travaux préparatoires sur l'article 546. M. Réal dans son exposé des motifs au Corps Législatif, M. Favard dans son discours au tribunat n'ont pas fait la moindre allusion à la distinction de l'article 121. On oppose, il est vrai, l'opinion contraire de Maleville, l'un des rédacteurs du Code civil, mais elle n'a été formulée par lui que postérieurement à la promulgation du Code civil et non dans les travaux préparatoires ; elle a, par conséquent, simplement la valeur qui s'attache aux théories isolées d'un jurisconsulte qui cherche à interpréter la loi.

Quant aux arrêts qui adoptent cette manière de voir, ils ne contiennent pas d'autres arguments que ceux que j'ai réfutés. D'ailleurs, il faut remarquer que cette jurisprudence a pris naissance dans deux arrêts de cassation rendus sur les conclusions de Merlin, et qui tous deux cassaient des décisions par lesquelles des tribunaux de première instance ou d'appel avaient refusé d'appliquer l'article 121 de l'ordonnance.

Le premier de ces arrêts est du reste antérieur à la loi du 30 ventôse an XII, et à la promulgation du titre des privilèges et hypothèques qui eut lieu seulement le 8 germinal an XII. Rendu le 18 pluviôse an XII, il cassait un arrêt du tribunal d'appel de Rouen qui confirmait un jugement du tribunal de commerce du Hâvre du 29 vendémiaire an X. La seconde décision, du 7 janvier 1806, cassait un arrêt de la cour de Besançon du 18 messidor an XII déclarant que l'ordonnance de 1629 n'avait pas été enregistrée au Parle-

ment de Franche-Comté, et qu'en 1681 des lettres patentes lui en avaient seulement adressé les articles 39 et 169. On sait que depuis, Merlin l'inspirateur de ces deux arrêts, a changé d'opinion.

Deuxième système. — Il est absolu et répudie non-seulement la distinction de l'article 121, mais le principe même qui avait été écrit dans ce texte, et il décide que les jugements étrangers n'auront en France ni la force exécutoire, ni l'autorité de la chose jugée. La conséquence immédiate est que le tribunal français pourra toujours examiner au fond la question qui lui est soumise et réviser complètement le jugement étranger, sans distinguer s'il a été rendu contre un Français ou contre un étranger. Cette théorie compte parmi ses partisans la majorité des auteurs; on peut citer entre autres MM. Demolombe, Larombière, Grenier, Colmet de Santerre, Troplong et Persil (1), etc.....

C'est également l'opinion dominante en jurisprudence; déjà formulée par deux arrêts antérieurs, elle a été adoptée en termes très explicites par un arrêt de la cour de cassation du 19 avril 1819 (2) qui résume très-exactement tous ses arguments.

Les articles 2123 (Code civil) et 546 (Code procédure),

(1) Demolombe : Tome I, n° 263. Notre éminent doyen cependant n'adopte pas cette opinion sans quelques hésitation. Larombière : Traité des obligations, article 1351, n° 6. Grenier : hypothèques, tome I, n° 208. Colmet de Santerre : Tome IX, sur l'article 2123. Troplong : Tome II, n° 451. Persil : Régime hypothécaire, sur l'article 2123, n° 20.

(2) Sir. 1819, I, 288.

dit-on, ne définissent pas cette déclaration d'exécution qui doit rendre efficaces en France les jugements étrangers. Puisque le rôle du tribunal français n'est pas indiqué, c'est dans l'examen des principes généraux qu'il faut en rechercher la détermination. Or un jugement emprunte à la fois son autorité et sa force exécutoire à la souveraineté du pays dans lequel il a été rendu ; le droit d'un souverain expire aux limites de son territoire, par conséquent la sentence étrangère ne produit en France aucun effet. Sans doute il en est différemment des actes authentiques passés en pays étranger ; mais si on leur reconnaît une certaine autorité, c'est qu'ils puisent cette autorité dans la volonté des parties qui les ont fait dresser et non dans la puissance publique étrangère. Un jugement, au contraire, est loin d'être l'expression de la volonté des parties, puisqu'il a précisément pour but de leur imposer un accord forcé et qu'il prononce une condamnation contre l'une d'elles au profit de l'autre.

Au reste, la solution opposée serait en contradiction avec le principe de l'institution des tribunaux. Un tribunal, même lorsqu'il prononce un jugement par défaut, ne doit statuer qu'après délibération et conformément à ce qu'il croit être la vérité et la justice ; il n'est pas possible que la loi lui ordonne de déclarer exécutoire une sentence qui aurait fait une appréciation fausse ou injuste des faits ou des droits en litige ; en un mot un tribunal ne peut être contraint de consacrer une iniquité. S'il en était autre-

ment, si le rôle du tribunal devait consister à revêtir le jugement étranger d'un simple *pareatis*, l'article 2123 aurait confié cette fonction au président seul, comme il l'a fait pour les sentences arbitrales.

Puisque le tribunal tout entier en est chargé, c'est que l'examen auquel il doit se livrer est différent de celui que doit faire le président pour une sentence arbitrale. Or dans le silence des textes, si on n'accorde pas au tribunal un droit de révision complet et absolu, toute autre détermination des pouvoirs que la loi a voulu lui conférer sera purement arbitraire. Enfin cette solution est impérieusement commandée par la nécessité de protéger les Français. Il est certain que les juridictions étrangères ont une tendance naturelle à favoriser leurs nationaux, et la pratique démontre que presque toujours dans les procès jugés à l'étranger où un Français est partie, la condamnation est prononcée contre lui; aussi la loi française doit-elle se préoccuper de cet état de choses, et permettre aux tribunaux de réparer les injustices ou les erreurs commises envers nos nationaux en refusant de les sanctionner par l'exécution sur les biens situés en France des décisions qui les consacrent. Cette théorie a inspiré de nombreux arrêts et elle paraît s'affirmer de plus en plus dans le jurisprudence (1).

(1) Voir notamment: Poitiers, 8 prairial an XIII (Sir. 1806, II, 40). Cass., 19 avril 1819 (Sir. 1819, I, 288, affaire Holker contre Parker). Cass., 11 janvier 1843 (Sir. 1843, I, 671). Paris, 22 juin 1843 (Sir. 1843, II, 345). Douai, 3 janvier 1845 (Sir. 1845, II, 513). Bordeaux, 6 août 1847 (Sir. 1848, II, 153). Douai, 22 décembre 1863. Paris, 22 avril 1864. (Sir. 1865, II, 60 et 62). Colmar, 10 février 1864 (Sir. 1864, II, 122). Pau,

Les arguments de ce deuxième système ont, il faut le reconnaître, une portée assez sérieuse ; cependant je ne crois pas qu'ils soient suffisants pour le faire triompher.

Troisième système. — Les jugements étrangers ont en France l'autorité de la chose jugée. Il leur manque simplement la force exécutoire qui leur sera attribuée par le tribunal français, mais sans que ce tribunal puisse examiner au fond la question tranchée par la décision étrangère.

6 janvier 1868 (Sir. 1868, II, 100). Chambéry, 12 février 1869 (Sir. 1870, II. 9). Paris 22 novembre 1851 (Sir. 1851, II, 783). Cass., 20 août 1872, cassant un jugement du tribunal de la Seine du 14 novembre 1868 confirmé par arrêt de la cour de Paris du 25 janvier 1870 (Sir. 1872, I, 327). Cass. 16 juin 1875 (Sir. 1876, I, 213). Nancy, 6 juillet 1877 et 3 août 1877 (Sir. 1878, II, 17 et 129). Rouen, 20 avril 1880 et cassation arrêt de rejet du 28 juin 1881 (Sir. 1882, I, 33).

J'ajoute à cette liste quelques décisions rapportées ou analysées dans le journal de droit international privé et dont certaines sont fort intéressantes, car elles révèlent des hésitations et des incertitudes dans cette jurisprudence. Toulouse, 29 janvier 1872 (journal 1874, page 77). Cass., 27 juillet 1874 (journal 1875, page 354). Nancy, 3 août 1877 (journal 1878, page 42).Tribunal de la Seine, 10 mars 1880 ; Paris, 7 février 1880 ; Bordeaux, 20 août 1879 (journal 1880, pages 193, 584, 585). Cass., 28 mai 1881 (journal 1882, page 170). Tribunal civil de Bordeaux, 16 juin 1881 et cour de Bordeaux, 19 juin 1882 (journal 1883, page 165). Cour de Paris, 21 janvier 1885 (journal 1885, page 183). Ce dernier arrêt déclare que le tribunal français a le droit de révision, mais qu'il doit en user avec modération. Nous aurons du reste l'occasion de constater que le tribunal de la Seine et la cour de Paris ont une tendance assez marquée à reconnaître aux jugements étrangers l'autorité de la chose jugée ; lorsqu'ils consacrent le droit de révision, ils ne le font que dans des limites très restreintes, ils l'expriment dans les motifs de leurs décisions, mais en réalité ils révisent rarement la sentence étrangère.

Il est vrai que la puissance publique étrangère ne peut pas s'exercer en dehors des limites du territoire qui lui est soumis, mais ce principe est suffisamment sauvegardé par notre théorie qui refuse aux jugements étrangers la force exécutoire. La puissance publique n'intervient que pour faire exécuter un jugement, or cette exécution résultera en France d'un ordre émanant de la souveraineté française et non de la souveraineté étrangère.

Quant à l'autorité de la chose jugée, elle est régie par des principes différents, et il me semble qu'on doit l'attacher en France aux sentences étrangères.

On peut invoquer d'abord sur ce point ce qui se passait dans l'ancien droit. J'ai démontré que les auteurs et la jurisprudence attribuaient en général l'autorité de la chose jugée aux jugements étrangers ; bien plus la règle de l'article 121 de l'ordonnance de 1629 était conçue dans le même sens, puisque la faculté donnée au Français de débattre de nouveau ses droits devant la juridiction de son pays était une véritable exception. Il serait étonnant que sous le Code civil qui a voulu faire œuvre de progrès, et en présence du développement de plus en plus accentué des relations internationales, une solution aussi rétrograde eût pu prévaloir.

En vertu de la règle *locus regit actum*, les actes authentiques passés à l'étranger, devant l'officier public étranger compétent et dans les formes prévues par la loi étrangère, font foi en France comme les actes authentiques dressés dans notre pays. Or les

jugements sont des actes authentiques, on peut même dire qu'ils offrent plus de garanties que les actes authentiques ordinaires. Dans tout jugement on retrouve le principe d'un convention : il est intervenu entre les parties un contrat qu'on qualifie de judiciaire, par lequel elles se sont engagées à soumettre leur différend à un tribunal et à accepter les conséquences du jugement ; cela est si vrai qu'elles auraient pu s'entendre pour attribuer à de simples particuliers, c'est-à-dire à des arbitres, la connaissance du litige pendant entre elles, ce qui prouve encore que la mission de juger n'est pas en elle même à proprement parler un attribut de la souveraineté ; celle-ci n'intervient en réalité que pour faire exécuter le jugement. La sentence est un acte authentique, elle constate et développe le contrat judiciaire qui lui sert de base ; il faut donc la soumettre à l'application de la règle *locus regit actum*, c'est-à-dire lui attribuer en France l'autorité de la chose jugée.

Il n'y a d'ailleurs pas plus de raison de se défier des juges étrangers que des officiers publics étrangers ; il est pourtant certain que ceux-ci pourraient quelquefois, dans un acte relatif à un contrat passé entre un Français et un étranger, introduire en faveur de leur compatriote telle ou telle clause ou rédiger l'acte dans des termes qui passeraient inaperçus du Français très inexpérimenté souvent vis à vis de la loi étrangère, et seraient de nature à compromettre gravement ses intérêts. Une pareille suspicion n'est pas légitime ; le principe d'après lequel la mauvaise foi ne doit pas se

présumer s'applique à tous les pays civilisés et à tous les hommes, surtout à ceux qui sont investis d'une fonction dont l'exercice suppose partout que le titulaire offre des garanties très sérieuses de savoir, d'honorabilité et d'indépendance. Aussi, nous n'avons pas plus le droit de présumer l'injustice et la partialité chez les juges étrangers en ce qui concerne nos nationaux, que d'attribuer le même esprit à nos juges français vis à vis des étrangers. Le principe de l'indépendance des Etats est donc tout à fait en dehors de notre question ; il est très suffisamment sauvegardé par la nécessité de l'intervention du tribunal français relativement à l'exécution du jugement, et du reste, nous allons le constater, le pouvoir accordé à la juridiction française dans ce troisième système est assez large pour rassurer ceux qui craignent de voir sacrifier de parti pris par les tribunaux étrangers les intérêts de nos nationaux.

Cette troisième opinion qui me paraît reposer sur l'application exacte et juridique des principes, est également fortifiée par les textes, et M. Demolombe, qui cependant penche plutôt vers la deuxième théorie, reconnaît lui-même que la nôtre est bien redoutable sur le terrain des textes.

L'article 2123 se sert de termes très significatifs : « *l'hypothèque ne peut pareillement résulter des jugements rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français.* » De même l'article 546 du Code de procédure : « *les jugements rendus par les tribunaux étrangers ne seront*

« *susceptibles d'exécution en France, etc...* » La pensée de la loi est très nette ; c'est le jugement étranger qui doit produire l'hypothèque en France. Or si on accorde un pouvoir absolu de révision au tribunal français, il est clair que la décision française aura complètement anéanti la décision étrangère, et que l'hypothèque résultera d'un jugement français et non d'un jugement étranger.

A cet argument les partisans du deuxième système essaient de répondre en attribuant au tribunal français, par rapport au tribunal étranger, le caractère d'une sorte de juridiction d'appel. On dit : « *Le jugement de première instance n'est pas anéanti par le fait qu'il est frappé d'appel ; jusqu'à preuve contraire il est présumé bien rendu ; c'est à l'appelant à détruire cette présomption par la preuve du contraire..... De même, le jugement étranger, quoique soumis à la révision du tribunal français, conserve provisoirement une valeur réelle. Celui qui refuse de l'exécuter doit prouver qu'il est mal rendu. Enfin ce jugement seul sera mis à exécution et emportera hypothèque, si en définitive l'*exequatur *est donné par le tribunal français* (1). » Cette objection ne me paraît pas fondée. D'abord il n'est pas exact que le tribunal français puisse être considéré, vis-à-vis du tribunal étranger, comme une juridiction d'appel ; nulle part la loi ne lui a donné ce rôle. Autre chose est en

(1) Valette. Mélanges, tome I, page 346.

effet de rendre exécutoire une sentence, autre chose de prononcer sur l'appel de cette sentence. D'ailleurs il est certain que lorsqu'une juridiction d'appel statue sur le jugement d'un tribunal inférieur, soit qu'elle confirme, soit qu'elle réforme, elle substitue sa décision à celle du tribunal du premier degré. Si elle réforme, cela ne fait pas de doute ; si elle confirme, il en est encore de même, car en s'appropriant le premier jugement elle le fait sien ; on ne peut dire qu'une cour d'appel, lorsqu'elle adopte la sentence des premiers juges, l'ait simplement rendue exécutoire.

Il me semble donc prouvé que le deuxième système viole les termes de l'article 2123 du Code civil et de l'article 546 (Code procédure) : « *jugements étrangers « déclarés exécutoires* », en faisant résulter l'hypothèque judiciaire du jugement français et non pas du jugement étranger.

De l'article 2123 on peut encore tirer un autre argument qui ne manque pas de valeur. Ce texte s'occupe d'abord des sentences arbitrales et décide qu'elles n'emportent hypothèque qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance d'exécution. Puis, passant à la question des jugements étrangers, il réunit les deux phrases par le mot « *pareillement* ». Cette expression n'est-elle pas significative et ne montre-t-elle pas qu'on a entendu établir une analogie entre le rôle du président seul dans le premier cas et celui du tribunal tout entier dans le second ? La loi a voulu rapprocher les deux hypothèses puisqu'elle les relie par le mot « *pareillement* », et que de plus elle em-

ploie la même terminologie « *ordonnance d'exécution* » et « *déclarés exécutoires* ».

L'article 5 du Code d'instruction criminelle décide que le Français ne pourra pas être poursuivi en France relativement à un crime ou à un délit pour lequel il a été jugé à l'étranger, soit qu'il ait été condamné, soit qu'il ait été acquitté. Si donc on accorde en matière criminelle l'autorité de la chose jugée à la décision étrangère alors qu'il s'agit de l'honneur et de la liberté d'un Français, ne peut-on à *fortiori* en conclure que le même principe doit s'appliquer lorsqu'un intérêt purement pécuniaire est en jeu. On objecte que c'est par un motif d'humanité qu'on ne soumet pas à un nouveau jugement en France un homme déjà jugé à l'étranger, et que du reste en matière criminelle la compétence est territoriale. Il est facile de répondre que la faculté qu'on laisserait au Français déjà condamné à l'étranger de se faire juger à nouveau en France, serait une mesure protectrice plutôt qu'une mesure inhumaine, puisqu'il resterait au Français la ressource de faire reconnaître l'iniquité de la condamnation dont il aurait pu être victime à l'étranger ; d'ailleurs la compétence en matière criminelle est si peu territoriale que l'article 5 pose précisément le principe que « *tout Français pourra être poursuivi et* « *jugé en France pour un crime commis en dehors du* « *territoire et puni par la loi française.* » L'argument à *fortiori* tiré de l'article 5 subsiste donc avec toute sa valeur.

Je dois encore examiner une dernière considération que présente le second système. Si, dit-on, l'analogie que l'on prétend reconnaître entre les sentences arbitrales et les jugements étrangers existait, pourquoi l'article 2123 aurait-il chargé le tribunal tout entier d'accorder l'*exequatur* au lieu d'attribuer cette fonction au président seul ou à un juge ; le tribunal est en effet institué pour rendre des jugements et non pour apposer des visas.

Je réponds que s'il faut assimiler les deux hypothèses, on doit bien se garder de les identifier. Lorsqu'il s'agit d'une sentence arbitrale, la mission confiée au président par l'article 1020 du Code de procédure est toute simple et ne comporte vraiment pas l'intervention du tribunal tout entier. Le président doit se borner à constater l'existence et la validité du compromis, et la sincérité des signatures des arbitres apposées au bas de la sentence ; c'est là un examen facile pour lequel il offre toutes les garanties désirables. Au contraire, la question de l'*exequatur* à donner aux jugements étrangers peut soulever d'assez graves difficultés, même indépendamment de toute révision au fond. Le tribunal français devra rechercher si l'acte qu'on lui présente revêt bien tous les caractères d'un jugement, c'est-à-dire s'il émane vraiment d'une juridiction étrangère, s'il a été rendu par des magistrats compétents, s'il n'existe, d'après la loi étrangère, aucune voie de recours qui doive en arrêter ou en suspendre l'exécution. En outre il devra examiner si les voies d'exécution attachées au juge-

ment étranger, si même les dispositions de ce jugement ne sont pas contraires à l'ordre public. Ainsi, par exemple, il pourrait arriver que la contrainte par corps eût été prononcée en dehors des cas prévus par la loi de 1867. Ou bien encore la décision étrangère peut créer et consacrer des liens juridiques que nos lois ne reconnaissent pas, imposer à l'une des parties envers l'autre une obligation que nos usages ou nos mœurs nous font considérer comme immorale ou illicite, constituer sur des immeubles situés en France des droits réels que notre législation proscrit. Enfin, presque toujours la décision étrangère ne sera pas rédigée en langue française, il faudra la faire traduire et s'assurer de la fidélité de la traduction. Ce sont là autant de questions délicates qui nécessitent la connaissance des législations étrangères, qui peuvent donner lieu à des débats et à des plaidoiries qui se résoudront par un véritable jugement, et pour l'examen desquelles la présence et l'intervention du tribunal tout entier devaient être nécessairement exigées (1).

Sur le terrain des principes et des textes je crois avoir démontré la supériorité de la troisième théorie ; j'ajoute que la deuxième produit des résultats qui

(1) Je n'ai pas cru devoir m'arrêter à l'opinion de quelques auteurs qui ne permettent pas au tribunal français d'examiner ces différents points et lui attribuent simplement la mission d'enregistrer le jugement étranger. Je n'ai pas pensé qu'il fût nécessaire de discuter ce quatrième système dont les partisans ont été fort rares et qui est aujourd'hui complètement abandonné. Il me paraît que sa réfutation résulte de sa formule elle-même.

suffiraient à eux seuls pour la faire repousser.

Elle aboutit d'abord à une inconséquence. La cour de cassation qui l'a adoptée décide que les tribunaux français sont incompétents pour juger les contestations entre étrangers. Comment concilier cette doctrine avec le pouvoir de révision que la cour suprême accorde aux tribunaux français? Si la juridiction française est incompétente pour statuer sur les litiges entre étrangers, ce que je ne crois pas d'ailleurs, il en résulte que la juridiction étrangère a le pouvoir de juger de tels procès; aussi il ne doit pas être permis au tribunal français de regarder la sentence étrangère comme nulle et non avenue.

Le système de la révision arrive donc à restituer indirectement au tribunal français une compétence qu'on lui refuse de prime abord ; c'est là une contradiction flagrante.

En outre, la mission qui, d'après mon opinion, incombe aux juges français, est déjà fort délicate ; n'est-il pas à craindre que celle d'examiner au fond et de faire débattre à nouveau le litige devant eux, ne soit au-dessus de leur forces? On ne peut exiger en effet des juges français une connaissance approfondie et complète des lois étrangères ; de plus les circonstances de fait, les considérations particulières qui ont déterminé la conviction des juges étrangers, leur échappent souvent. Il est vrai qu'ils pourront et qu'ils devront même, les partisans du deuxième système le décident généralement, se servir des moyens de preuve ordonnés par la juridiction étrangère, se référer aux

enquêtes faites et aux aveux passés à l'étranger etc..... Mais n'est-ce pas encore une véritable contradiction que de reconnaître en France l'autorité de la chose jugée aux décisions qui ordonnent des enquêtes, des expertises, des visites de lieux, et ont pour but de préparer la solution du litige, alors qu'on la refuse au jugement qui tranche le litige lui-même, et qui pourtant n'est que la conséquence de ces décisions préparatoires.

Enfin le deuxième système, au lieu de constituer pour nos nationaux une mesure de protection, leur cause en réalité le plus grave préjudice, sous prétexte de remédier aux inconvénients que peuvent produire pour eux l'esprit de patriotisme exagéré et la partialité des juges étrangers.

Lorsque j'examinerai quel est l'état des législations étrangères sur la question de l'hypothèque judiciaire, j'aurai l'occasion d'indiquer que ces législations ont admis en grande majorité le système de la non révision, et attribuent l'autorité de la chose jugée aux sentences étrangères rendues en dehors des limites de leur souveraineté. Or, en présence de la jurisprudence française qui refuse cet effet aux jugements étrangers, ces législations se sont vues dans la nécessité de prendre contre nous des mesures de rétorsion et de déroger aux règles générales de leur droit lorsqu'il s'agit de décisions françaises. Aussi, si la jurisprudence française favorise nos nationaux en leur permettant de faire examiner à nouveau en France la question déjà jugée à

l'étranger, elle les empêche par là même de bénéficier des dispositions de la loi étrangère qui ne demandait qu'à concéder aux jugements français l'autorité de la chose jugée. C'est là un résultat indiscutable; en étudiant les législations étrangères, nous constaterons que presque toutes n'accordent aux jugements l'autorité de la chose jugée qu'à charge de réciprocité.

J'ai terminé l'examen de cette controverse difficile sur le rôle attribué au tribunal français lorsqu'il s'agit de déclarer exécutoires des jugements étrangers. La théorie que j'ai adoptée est relativement assez récente, du moins en ce qui concerne l'interprétation du Code civil, car je crois avoir prouvé qu'elle est la reproduction exacte des principes de l'ancien droit. En 1849, M. Valette écrivait que ce système repoussé par presque tous les interprètes, n'avait jamais eu le moindre succès dans la pratique. Mais depuis, s'il n'a pas encore triomphé, le nombre de ses partisans s'est singulièrement multiplié. Il est défendu avec conviction par de nombreux jurisconsultes dont je ne veux citer que les principaux: MM. Massé, Boitard, Marcadé, Pont, Labbé, Bertauld, Bournat, Bonfils, de Vareilles-Sommières (1) etc... M. Demolombe lui-même n'est pas très éloigné de l'adopter (2). En-

(1) Massé : le droit commercial dans ses rapports avec le droit civil, tome II, p. 800 à 802. Boitard : Code de procédure, sur l'article 546. Pont : sur l'article 2123, n° 585. Labbé : recueil de Sirey, note sur un arrêt ; 1865, II, 60. Bertauld : questions pratiques et doctrinales sur le Code Napoléon, tome I, p.123 et s. s. Bournat : revue pratique, tome V, p. 335. Bonfils : compétences des tribunaux français à l'égard des étrangers. De Vareilles-Sommières : loc. cit. p. 138 et s. s.

(2) Demolombe ; tome I, n° 263.

fin quelques arrêts en ont fait des applications pratiques (1).

La jurisprudence du tribunal de la Seine et de la cour de Paris bien qu'encore très hésitante, paraîtrait avoir une tendance à repousser le deuxième système ; les décisions rendues par ces deux juridictions dans notre sens, sont à peu près aussi nombreuses que celles qui consacrent l'opinion adverse. Il faut remarquer en outre que la plupart du temps, les cours d'appel qui appliquent le système de la révision ne le font qu'avec les plus grands ménagements ; les motifs de leurs arrêts contiennent surtout des allusions aux principes d'ordre public, à la commune justice des peuples civilisés, et tout en déclarant que le tribunal français peut réviser entièrement, souvent en fait les cours n'usent de ce pouvoir que dans les limites tracées par le troisième système.

Seule la cour de cassation maintient le principe dans toute sa rigueur. On peut espérer que la ten-

(1) Metz, 11 novembre 1856 (journal du Palais 1857, p. 305). Angers, 4 juillet 1866, Paris 23 février 1866 (Sir. 1866, II, 300). Montpellier, 17 décembre 1869 (Sir. 1870, II. 75). Paris, 11 mai 1869 (Sir. 1870, II, 10). Tribunal de la Seine, 6 juillet 1871 (Le Droit des 11-12 octobre 1871). Paris 25 janvier 1870, cassé le 20 août 1872 (Sir. 1872, I, 327). Tribunal de Versailles, 8 Mai 1877, confirmé le 17 août suivant par la cour de Paris (journal droit interna. privé 1877, p. 424). Cour de Paris 19 février 1881 (journal droit intern. 1881 p. 156). Tribunal de la Seine, 16 novembre 1883 (journal droit intern. 1884, p. 291). La même solution ressort implicitement d'un arrêt de la cour de Paris du 19 août 1884 (journal droit intern. 1885, p. 87) et d'un jugement du tribunal de la Seine du 16 avril 1885 (journal droit intern. 1885, page 295).

dance des cours d'appel s'accentuera de plus en plus, et finira par amener la cour suprême à revenir sur sa doctrine.

Ce serait là un résultat profondément désirable. Il est en effet hors de doute que le deuxième système n'est plus en harmonie avec les théories modernes qui doivent servir de base aux relations internationales entre les peuples civilisés.

Grâce aux progrès réalisés dans ce siècle, surtout dans le domaine de la science et de l'industrie, la civilisation a fait un pas immense en avant, les barrières autrefois à peu près infranchissables qui séparaient les nations tendent à s'abaisser de plus en plus, les relations commerciales se multiplient et s'étendent chaque jour davantage. Le devoir des législateurs est de favoriser ces relations et d'en assurer le développement par des lois empreintes d'un large esprit de libéralisme. Il faut, dans la limite du possible, se débarrasser des idées surannées de suspicion envers les étrangers qui ont trop longtemps inspiré nos lois, tout en sauvegardant le principe essentiel de l'indépendance des Etats. Or il est facile de voir que le système de la révision ruine le crédit du Français à l'étranger, puisque ceux qui auront traité avec lui ne pourront exécuter en France les jugements obtenus contre nos nationaux qu'après un nouveau débat devant les tribunaux français ; on ne peut raisonnablement exiger qu'ils accordent à nos juges la confiance que nous refusons aux leurs. De même en France les Français hésiteront à contracter avec des étrangers,

puisque les décisions rendues en leur faveur seront, par une mesure de représailles fort légitime, soumises à un nouvel examen devant la juridiction étrangère.

On a si bien senti les inconvénients de ces divergences dans les législations, que souvent on a réuni ou proposé de réunir des conférences internationales afin d'établir une entente entre les nations civilisées sur les points les plus importants. C'est ainsi qu'en 1874 le ministre des affaires étrangères des Pays-Bas, M. le baron Gericke de Hercoynen, avait élaboré un mémoire relatif à un projet de conférence internationale pour régler les conditions légales de l'exécution réciproque des jugements étrangers dans les différents pays (1). Malheureusement les essais de ce genre n'ont guère abouti jusqu'ici, car toutes les nations ont encore conservé, et conserveront probablement longtemps les unes vis-à-vis des autres, des sentiments de défiance qui leur font craindre de compromettre leur indépendance et leurs intérêts ; on s'imagine aisément que les sacrifices consentis par le voisin ne sont pas en rapport avec ceux qu'on lui fait.

Quoi qu'il en soit, en attendant qu'un accord complet se réalise entre les Etats, il faut, dans l'interprétation des textes du Code civil, s'inspirer de ces tendances progressistes, et donner aux termes de la loi toute l'extension qu'ils peuvent comporter raisonnablement, sans altérer bien entendu les principes du droit, ni

(1) Journal de dr. intern. 1874, page 159.

fausser le point de vue auquel a dû se placer le législateur.

Je conclus donc que la théorie de la non-révision, conforme aux règles de l'ancien droit, conforme aux textes et seule en harmonie avec la plupart des lois étrangères et avec les nécessités imposées par les relations internationales, doit prévaloir sous le Code civil.

Il est à désirer que notre jurisprudence l'adopte ; elle réaliserait ainsi un progrès considérable qui serait un acheminement vers l'unité de législation.

§ II

Quels jugements étrangers sont régis par l'article 2123, et quel tribunal français est compétent pour les déclarer exécutoires ?

La solution de toutes les questions qui peuvent se présenter sous ce paragraphe rentrerait surtout dans l'examen complet de l'exécution des jugements étrangers en France. C'est là une matière fort longue qui à elle seule pourrait fournir le sujet d'études très étendues. Aussi, comme je dois me préoccuper des jugements étrangers surtout en ce qui concerne l'hypothèque judiciaire, je résumerai seulement ici les principales difficultés, afin de réunir au moins les éléments d'une théorie d'ensemble.

I.— Quels jugements étrangers sont régis par l'article 2123 ?

Il est nécessaire évidemment que ces jugements remplissent les conditions imposées aux jugements

français, c'est-à-dire qu'ils condamnent l'une des parties à l'exécution d'une obligation envers l'autre.

Toutes les décisions étrangères qui auront ce caractère devront produire l'hypothèque judiciaire. C'est ainsi, par exemple, que le jugement étranger qui règle l'état ou la capacité d'un étranger a l'autorité de la chose jugée et est valable en France sans qu'il soit nécessaire d'en demander l'*exequatur* (1) ; mais il en est autrement lorsqu'un pareil jugement étant rendu à l'occasion d'un litige portant sur un intérêt pécuniaire, l'étranger veut l'exécuter sur des biens situés en France.

On a prétendu que les décisions rendues à l'étranger en matière commerciale devaient produire tous leurs effets en France, sans qu'il fût besoin de les soumettre à la formalité de l'article 2123. En effet, dit-on, la jurisprudence admet en matière commerciale une exception au principe général établi par elle, et d'après lequel les tribunaux français ne seraient pas compétents pour statuer sur les contestations entre étrangers non domiciliés en France ; par analogie on doit traiter avec faveur les décisions étrangères rendues en matière commerciale, et les soustraire à la nécessité de l'*exequatur*. Cette opinion ne me paraît pas sérieusement soutenable. Les termes de l'article 2123 sont formels et ne souffrent aucune exception. Les deux questions que l'on veut assimiler sont absolument différentes : d'ailleurs je crois, contrairement

(1) Tribunal de la Seine, 26 décembre 1882 et 3 avril 1883 (journal droit intern. 1883, pages 51 et 515.)

à la théorie de la jurisprudence, que le tribunal français est toujours compétent pour statuer sur les litiges pendants entre deux étrangers même non domiciliés en France, que l'affaire soit civile ou commerciale, car dans les deux cas l'ordre public est également intéressé. Du reste la solution que je combats arriverait à diminuer considérablement la portée de l'article 2123 puisque la plupart des jugements étrangers que l'on veut exécuter en France sont rendus en matière commerciale ; ce serait le renversement du principe nécessaire de l'indépendance des Etats.

Les annexions ou les séparations de territoires peuvent donner lieu à des question intéressantes.

Supposons qu'un jugement ait été rendu dans un pays qui depuis a été annexé à la France ; faudra-t-il que ce jugement soit déclaré exécutoire par le tribunal français pour produire l'hypothèque judiciaire ? La cour de cassation, dans un arrêt du 18 thermidor an XII, a décidé l'affirmative avec raison. C'est au moment où la sentence est prononcée qu'il faut se placer pour apprécier son caractère ; or à ce moment la juridiction dont elle émame est une juridiction étrangère. L'annexion survenue plus tard n'a pas d'effet rétroactif, car la loi qui la prononce est une loi ordinaire soumise à la règle générale de la non-rétroactivité.

Le même principe détermine la solution au cas de séparation. Après 1870 de douloureuses applications ont dû s'en produire en ce qui concerne les jugements rendus en Alsace-Lorraine. Une décision antérieure

au traité de Francfort doit-elle être soumise à la formalité de l'*exequatur* pour donner naissance à l'hypothèque judiciaire en France ? Non, puisque cette décision est une émanation de la souveraineté française, sur laquelle les événement postérieurs n'ont pu avoir aucune influence. On peut assimiler cette hypothèse à celle où, par exemple, une loi viendrait en France supprimer un certain nombre de tribunaux; il est évident que les jugements de ces tribunaux ne seraient pas atteints par une pareille mesure. Toutefois il en serait différemment si, depuis la séparation, le jugement avait été frappé d'appel devant la juridiction étrangère, alors même qu'il aurait été confirmé ; ce ne serait plus en effet la décision primitive, mais celle de la juridiction d'appel qu'il s'agirait d'exécuter.

La jurisprudence a décidé plusieurs fois que pendant une guerre les jugements rendus dans un pays par des tribunaux que l'ennemi avait organisés, doivent emporter hypothèque judiciaire (1). Cette opinion se base sur la nécessité d'une organisation judiciaire permanente : « *L'administration de la justice,* dit « l'arrêt de la cour de Bastia, *étant le premier besoin « des peuples comme le devoir des souverains et des « conquérants, on ne saurait révoquer en doute la « validité des actes juridiques intervenus pendant une « ocupation étrangère.* »

Je ne conteste pas que la solution contraire ne puisse offrir des inconvénients, cependant elle me paraît

(1) Cass. 6 avril 1826 (Dal. 1826, I, 245). Bastia, 3 janvier 1824.

s'imposer. Les juridictions établies par l'ennemi ne sauraient être à aucun point de vue considérées comme une émanation de la souveraineté nationale, et la force exécutoire ne doit pas s'attacher à leurs décisions. Aussi, je ne crois pas que leurs jugements puissent donner naissance à une hypothèque judiciaire, et à moins qu'une loi spéciale ne vienne régulariser cette situation, il faut les considérer en principe comme des jugements étrangers. Du reste, c'est là bien plutôt une question de droit public qui ne rentre pas directement dans le cadre de mon sujet.

Un dernier point, qui ne paraît pas avoir souvent éveillé l'attention des jurisconsultes, mérite d'être examiné.

Nous verrons que certains pays n'ont pas admis ou ont supprimé l'hypothèque judiciaire, la Belgique par exemple. Supposons donc un jugement rendu par une juridiction belge et rendu exécutoire en France par un tribunal français dans les termes de l'article 2123; ce jugement doit-il emporter l'hypothèque judiciaire?

Pour les partisans du système de la révision, je ne pense pas que la solution puisse être douteuse; dans cette théorie en effet l'hypothèque résulte en réalité non pas d'un jugement étranger, mais d'un jugement français qui vient en quelque sorte anéantir et remplacer la sentence étrangère, aussi l'hypothèque judiciaire doit logiquement être produite.

Au contraire pour ceux qui adoptent le système de la non-révision, la question est plus délicate.

D'un côté l'article 2123 est absolument général et ne fait pas de distinction. Mais d'autre part, je crois qu'en interprétant l'article 2123 d'après les principes qui nous ont guidé jusqu'ici, il faut décider que l'hypothèque judiciaire ne résultera pas du jugement belge rendu exécutoire en France. Pour nous c'est au jugement étranger que s'attache l'hypothèque judiciaire; *l'exequatur* a pour but unique de faire disparaître l'obstacle provenant du principe de l'indépendance des Etats, et de permettre à la sentence étrangère de produire ceux de ses effets originaires qui sont compatibles avec nos mœurs et nos lois; mais cet *exequatur* ne peut avoir pour résultat de lui attribuer une vertu qu'elle n'avait pas d'après la législation sous l'empire de laquelle elle a été rendue. Quant à l'article 2123, il est vrai qu'il ne distingue pas, mais on doit l'interpréter « *secundum subjectam materiam* », et puisque pour nous il fait véritablement résulter l'hypothèque du jugement étranger, il est bien évident qu'il entend seulement autoriser en France sous certaines conditions l'application de la loi étrangère sans rien vouloir y ajouter.

II. — Quel est le tribunal français compétent pour accorder l'exequatur ?

Dans le système de la non-révision, la question n'est pas douteuse. Il s'agit purement et simplement d'attacher la force hypothécaire et la force exécutoire à des jugements qui ont par eux-mêmes l'autorité de la chose jugée; la juridiction compétente est dans tous les

cas le tribunal civil et jamais les juridictions d'exception telles que les juges de paix et les tribunaux de commerce qui en principe ne connaissent même pas de l'exécution de leurs propres décisions (articles 442 et 453, Code de procédure). Le tribunal civil sera même compétent si la sentence a été rendue par un tribunal d'appel étranger. La cour de Nancy a cependant voulu attribuer dans ce cas compétence à la cour d'appel française (1). C'est à tort, je crois, car il ne peut être question d'hiérarchie entre des juridictions appartenant à des pays différents. Sans doute la théorie de la cour de Nancy est déjà et sera consacrée presque toujours par les traités conclus ou à conclure; mais si en pareil cas elle se justifie aisément, il faut reconnaître qu'en dehors des conventions diplomatiques elle ne repose sur aucune base juridique.

Dans le système de la révision la solution logique consisterait à attribuer compétence à la juridiction commerciale française si la cause est commerciale, puisque c'est en réalité un procès nouveau qui doit être tranché par la juridiction française. Cependant tous les partisans de cette opinion n'ont pas osé en tirer cette conséquence extrême qui est en opposition directe avec les termes de l'article 2123; aussi ils se sont divisés. Des arrêts ont été rendus dans les deux sens. Les uns décident que c'est le tribunal de commerce français qui devra déclarer

(1) Arrêt du 6 juillet 1877 (Sir. 1878, II, 130; et journal dr. intern. 1877, page 234).

exécutoire le jugement étranger, statuant sur une contestation commerciale (1).

D'autres arrêts et la plupart des auteurs qui ont adopté ce système sont d'avis que le tribunal civil est seul compétent. Ils sont arrêtés par cette considération que le tribunal de commerce ne peut connaître de l'exécution de ses jugements, et l'expression « *exécutoire* » renfermée dans l'article 2123 leur paraît devoir s'opposer à l'admission de la théorie adverse. Leur seul argument est celui-ci : « *la question de révision ne se soulèvera que sous* « *forme d'exception opposée par le défendeur à la* « *demande d'*exequatur, *et ce n'est pas par la nature* « *de l'exception mais bien par celle de la demande que* « *se détermine la compétence* » (2).

En réalité c'est une contradiction de plus à relever dans cette théorie, car s'il est vrai, et je crois l'avoir démontré, qu'elle arrive à faire résulter l'hypothèque du jugement français et non du jugement étranger, et que devant le tribunal français le procès recommence à nouveau, le tribunal de commerce devrait seul être compétent en pareil cas.

En ce qui concerne la procédure à suivre relativement à l'introduction de la demande d'*exequatur*, nous retrouvons les mêmes hésitations et les mêmes divisions. Généralement on présente la solution de

(1) Colmar, 13 janvier 1815. Montpellier, 8 mars 1822. Colmar, 17 juin 1848 (Dal. 1848. II, 106.)

(2) Aubry et Rau, tome VIII, n° 769 *ter*, note 16.

cette question comme une conséquence du système que l'on adopte sur le rôle attribué au tribunal français ; on prétend que les partisans de la révision doivent exiger une assignation, puisque c'est un véritable procès qui s'engage (1) ; dans la théorie de la non-révision une simple requête devrait suffire.

Je crois cependant qu'il faut toujours une assignation.

S'il est vrai que le tribunal français n'a pas à juger le procès au fond, nous avons vu que sa mission est cependant assez délicate, qu'il doit examiner si le jugement étranger émane d'une juridiction compétente et ne contient aucune disposition contraire à l'ordre public. Or ces questions peuvent donner lieu à un débat entre les parties, indépendamment du litige lui-même ; il faut donc que celui contre lequel on veut exécuter le jugement en France soit mis en cause afin de pouvoir s'opposer à la délivrance de l'*exequatur*, et ce résultat ne peut être atteint qu'au moyen d'une assignation. La requête est une forme de procédure qui ne met pas les parties en présence et s'applique surtout aux actes de la juridiction gracieuse, tandis qu'ici nous sommes en matière contentieuse puisqu'une contestation est possible, quoique restreinte à certains points déterminés. Un arrêt de la Cour de Nancy du 7 décembre 1872 (2) a fait une application très juridique de ces principes dans une

(1) Douai, 17 juin 1863 (Sir. 1864, II, 255). — Cass. 30 janvier 1867 (Sir. 1867, I, 117).

(2) Sir. 1873, II, 33.

hypothèse où la question de la révision ou de la non révision ne pouvait se poser, car l'espèce était prévue par le traité franco-badois sur lequel je reviendrai.

Toutefois il faut admettre avec la jurisprudence que dans certains cas exceptionnels une simple requête peut suffire, par exemple lorsque cette forme de procéder est admise à la fois par la loi française et par la loi étrangère en ce qui concerne le litige sur lequel est intervenue la décision qu'il s'agit de déclarer exécutoire; tel serait un jugement déclaratif de faillite (1). Il ne serait pas raisonnable, en effet, d'exiger une procédure plus rigoureuse, c'est-à-dire une assignation, lorsqu'il ne s'agit que d'une question d'exécution, alors que si le procès tout entier avait été jugé en France la loi française se fût contentée d'une requête. Mais il faut que la loi étrangère et la loi française contiennent la même règle à ce sujet; il ne suffirait pas que la loi étrangère seule eût indiqué cette manière de procéder, bien que l'arrêt de la cour de Colmar du 10 février 1864 ait décidé le contraire. Il faut que les intérêts du défendeur sur la demande *d'exequatur* soient sauvegardés, et on porterait atteinte à l'ordre public si on ne lui donnait pas les moyens d'intervenir et de s'opposer à cette demande, dans tous les cas où notre loi aurait exigé qu'il fût mis en cause si le procès avait été soumis originairement à la juridiction française.

Nous venons de voir quelle juridiction est compé-

(1) Douai, 14 août 1845 (Sir. 1846, II, 303). Colmar, 10 février 1864 Sir. 1864, II, 122). Paris, 11 mai 1869 (Sir. 1870, II, 10).

tente et quelle procédure doit être suivie; il nous reste à rechercher devant quel tribunal la demande doit être portée? C'est devant le tribunal du domicile du défendeur à cette demande, c'est-à-dire de celui contre lequel on veut exécuter le jugement, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il était demandeur ou défendeur devant la juridiction étrangère. Dans le système de la révision il faut décider que la demande peut être portée également devant le tribunal du lieu où sont situés les immeubles litigieux, puisque c'est un nouveau procès qui commence devant les juges français.

§ III

Dérogations apportées par des lois politiques ou des conventions diplomatiques à la règle générale de l'article 2123

L'article 2123 établit lui-même la possibilité de pareilles dérogations.

I. — Lois politiques

Il est évident qu'il s'agit là de lois politiques françaises; il ne suffirait pas qu'un pays autorisât, par exemple, l'exécution pure et simple des jugements français, pour qu'une règle analogue dût être suivie en France relativement aux jugements de ce pays; d'après notre législation la réciprocité ne peut exister tacitement, elle doit avoir sa base dans des conventions diplomatiques.

On ne peut citer, je crois, qu'un seul exemple de lois politiques en cette matière, encore cet exemple

n'offre-t-il plus maintenant qu'un intérêt purement historique.

La loi du 21 avril 1832 sur la navigation du Rhin, accordait dans son article 5 l'autorité de la chose jugée aux sentences rendues par les juges des droits de navigation sur le Rhin résidant sur un territoire étranger, pourvu qu'elles eussent été déclarées exécutoires par le tribunal civil de Strasbourg. Je dois faire remarquer que dans la théorie que j'ai adoptée, cette loi constituait plutôt une application du droit commun qu'une dérogation à la règle de l'article 2123, puisque je crois qu'il faut accorder aux jugements étrangers l'autorité de la chose jugée. D'ailleurs cette loi de 1832 est devenue sans objet, depuis que la France, à la suite des désastres de 1870-1871, s'est vu enlever sa frontière du Rhin.

II. — Conventions diplomatiques

Il existe trois traités conclus par la France avec des puissances étrangères. Leur application a soulevé des difficultés assez graves et assez nombreuses qu'il n'y a pas lieu d'examiner ici ; je n'indiquerai que les points essentiels sans m'arrêter aux controverses de détail.

1° Convention signée avec la Confédération suisse le 15 juin 1869 et mise en vigueur à partir du 1er janvier 1870 (1).

Ce traité a eu pour but de résoudre les difficultés que présentait celui du 18 juillet 1828, qui lui-même

(1) De Clercq. Recueil des traités, tome X, page 289.

confirmait et remplaçait des conventions du 27 septembre 1803 et du 28 mai 1788.

L'article 1er du traité de 1828 accordait la force exécutoire aux jugements rendus en France ou en Suisse, pourvu qu'ils eussent été légalisés par les envoyés respectifs des deux gouvernements ou à leur défaut par les autorités compétentes de chaque pays. On exigeait de plus que la sentence fût revêtue de la formule exécutoire par le tribunal qui, sans entrer dans l'examen du fond, devait au moins rechercher si l'acte qu'on lui présentait était une décision judiciaire et portait la légalisation exigée. En outre la jurisprudence décidait que le tribunal français saisi par le débiteur d'une opposition à poursuites, avait le droit d'examiner si le jugement suisse ne violait pas nos principes d'ordre public ou de droit public (1). On se demandait encore si les dispositions de l'article 1er s'appliquaient aux sentences arbitrales.

Le traité de 1869 a modifié ces règles et résolu, en grande partie du moins, les points discutés (articles 16 et 17).

La partie qui veut faire exécuter le jugement en France ou en Suisse doit présenter au tribunal ou à l'autorité compétente (articles 1 à 14) : 1° L'expédition de l'arrêt ou du jugement légalisée par les envoyés respectifs ou à leur défaut par les autorités des deux pays ; 2° l'original de l'exploit de signification du jugement ou arrêt, ou tout autre acte

(1) Jugement du tribunal de la Seine du 17 avril 1857 (Gazette des tribunaux du 22 avril 1857).

qui dans le pays tient lieu de signification ; 3° un certificat délivré par le greffier du tribunal où le jugement a été rendu, constatant qu'il n'existe ni opposition, ni appel, ni autre acte de recours.

Le tribunal statue en Chambre du conseil sur le rapport d'un juge commis par le président et les conclusions du ministère public (article 16).

Il ne doit pas entrer dans l'examen du fond, et il ne peut refuser l'exécution que dans trois cas (article 17): 1° si la décision émane d'une juridiction incompétente; 2° si elle a été rendue sans que les parties aient été dûment citées et légalement représentées ou défaillantes; 3° si les règles du droit public ou de l'ordre public du pays où l'exécution est demandée s'opposent à ce que la décision de la juridiction étrangère y reçoive son exécution. Le jugement qui accorde ou refuse *l'exequatur* peut être l'objet d'un recours devant la juridiction compétente, mais il n'est pas susceptible d'opposition.

Enfin ces dispositions s'appliquent aussi aux sentences arbitrales (article 15).

2° Traité conclu avec la Sardaigne le 24 mars 1760 et confirmé le 30 mai 1814.

L'article 22 § 3 était ainsi conçu: « *Il est convenu*: « *1° Que de la même manière que les hypothèques* « *établies en France par actes publics ou judiciaires* « *sont admises dans les tribunaux de S. M. le roi de* « *Sardaigne, l'on aura aussi pareil égard dans les tri-* « *bunaux de France pour les hypothèques qui seront* « *constituées à l'avenir par contrats publics, par or-*

« *donnances ou jugements dans les Etats de S. M. le* « *roi de Sardaigne; 2° que pour favoriser l'exécution* « *réciproque des arrêts ou jugements, les cours suprê-* « *mes déféreront de part et d'autre, à la forme du* « *droit, aux réquisitions qui leur seront adressées à* « *ces fins même sous le nom desdites cours.* »

On s'était demandé si cette convention était encore en vigueur ; cependant, malgré l'article 1er de la loi du 1er mars 1793 qui annulait tout traité d'alliance ou de commerce existant entre l'ancien gouvernement français et les puissances avec lesquelles la République était en guerre, on décidait généralement que le traité subsistait encore. De plus on interprétait presque toujours cette expression « *dans la forme du droit* », en ce sens que les jugements pouvaient être soumis à un nouvel examen, et que l'exécution devait être refusée si la décision n'avait pas été rendue par une juridiction compétente, ou était contraire aux règles générales de la justice (1).

Le 11 septembre 1860, une déclaration a été signée à Turin par le comte de Cavour et M. de Talleyrand dans le but d'interpréter et de préciser les termes du traité de 1760 (2). Les contractants déclarent que pour éviter à l'avenir toute difficulté dans l'application du traité de 1760, les deux gouvernements ont résolu de l'interpréter ainsi : « *les cours en déférant*

(1) Aix, 12 août 1824, confirmé par cass. le 14 juillet 1825 (Dal. 1825, I, 365). Grenoble, 9 janvier 1826 (Dal. 1826, II, 30). Troplong, tome II, n° 454.

(2) De Clercq : traités, tome VIII, page 118.

« *à la forme de droit aux demandes d'exécution des* « *jugements rendus dans chacun des deux Etats, ne* « *devront faire porter leur examen que sur les trois* « *points suivants, savoir :* 1° *Si la décision émane* « *d'une juridiction compétente;* 2° *si elle a été ren-* « *due, les parties dûment citées et légalement repré-* « *sentées ou défaillantes;* 3° *si les règles du droit* « *public du pays où l'exécution est demandée ne s'op-* « *posent pas à ce que la décision étrangère ait son* « *exécution.* » (1) L'*exequatur* est donc accordé par les cours d'appel des deux pays et non par les tribunaux de première instance. On a décidé avec raison que l'arrêt d'une cour de cassation italienne devait être déclaré exécutoire par une cour d'appel française et non par la cour de cassation dont les attributions sont absolument étrangères à une pareille mission (2).

En France la force légale de cette déclaration qui fut insérée au *Moniteur* du 14 novembre 1860 n'a jamais été contestée. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (3).

En Italie il en est différemment. D'un côté la cour d'appel de Lucques le 26 mai 1867, la cour d'appel de Florence le 7 avril 1869, celle de Brescia le 17 septembre 1875, ont refusé la force légale à cette déclaration sous prétexte qu'elle constitue un véritable traité rentrant dans les attributions du sou-

(1) Sur tous les points relatifs au traité franco-italien, voir journal de dr. intern., 1884, pages 365 et s. s.

(2) Paris, 3 juin 1881 (journal dr. intern., 1883, page 52).

(3) Montpellier, 10 juillet 1872. Chambéry, 29 janvier 1873. Paris, 24 novembre 1873. Cass. 17 avril 1874.

verain qui ne l'a même pas signé; on ajoute qu'elle n'a pas été publiée, et que l'interprétation des lois appartient au Parlement et au roi (article 73 de la constitution). Au contraire la cour de cassation de Florence le 23 décembre 1867, la cour d'appel de Milan le 23 juillet 1875, celle de Turin le 20 mars 1876, ont reconnu la validité de la déclaration. D'ailleurs, quelle que soit la solution qui doive triompher dans la jurisprudence italienne, la question n'offre pas un très grand intérêt, car les articles 941 et 942 du Code de de procédure italienne ont à peu près consacré pour l'exécution des jugement étrangers en général, même en dehors de toute convention diplomatique, les règles de la déclaration de 1860.

Enfin on n'a jamais contesté sérieusement que depuis la formation du royaume d'Italie, le traité de 1760 et, pour ceux qui en admettent la validité, la déclaration de 1860 intervenus avec la Sardaigne ne fussent applicables à tout le royaume d'Italie (1).

3° Traité passé entre la France et le Grand-Duché de Bade le 16 avril 1846 à Carlsruhe (2).

D'après les articles 1, 3 et 4 de ce traité, les jugements emportent hypothèque et de plus sont exécutoires quand ils ont été revêtus de l'*exequatur* par un tribunal de première instance ou d'appel, suivant qu'ils émanent eux-mêmes d'une juridiction de première instance ou d'appel. Il n'y a pas d'examen au

(1) Tribunal du Havre, 8 janvier 1885. (Journal. dr. interna. 1885, page 293).

(2) De Clercq. Tome V, page 449.

fond possible ; le tribunal chargé de délivrer l'*exequatur* doit se borner à rechercher : 1° si la décision a été rendue par une juridiction compétente d'après les règles que pose à ce sujet l'article 2 ; 2° si les formalités de l'article 3 ont été accomplies, si les pièces exigées par ce texte ont été produites ; 3° si la sentence ne viole par les lois d'ordre public du pays où l'on veut l'exécuter.

Cette convention, d'après l'article 7, était conclue pour 5 ans, mais à moins de notification contraire six mois avant l'expiration de chaque terme, elle devait se renouveler tacitement tous les 5 ans. Elle n'a pas été dénoncée et il faut croire qu'elle ne le sera pas ; du reste elle a depuis 1871 reçu une extension considérable.

En effet l'article 18 de la convention additionnelle au traité de paix de Francfort-sur-le-Mein, signé le 11 décembre 1871, a étendu à l'Alsace-Lorraine le traité de 1846 (1).

Le traité de 1846 et par suite celui de 1871 ont donné lieu à quelques difficultés.

Je n'en veux citer qu'une que la cour de Nancy me paraît du reste avoir résolue d'une façon inexacte (2). L'article 2 du traité franco-badois attribue compétence en matière personnelle et mobilière au tribunal du domicile du défendeur. La Cour de Nancy donnant à ce mot « *défendeur* » un sens absolument strict, a décidé qu'en cas de demande

(1) De Clercq : Tome X, page 538.
(2) Nancy, 3 août 1877 (Sir. 1878, II, 17).

reconventionnelle, le tribunal compétent serait celui du domicile du défendeur à l'action reconventionnelle, c'est-à-dire celui du domicile du demandeur sur l'action principale. Elle en donne pour motif que le traité n'a pas consacré dans les relations des deux peuples la règle purement française d'après laquelle le juge de la demande principale est en même temps juge de la demande reconventionnelle; appliquant dès lors la théorie de la révision, la cour de Nancy déclare que l'arrêt de la cour de Colmar dont l'exécution lui est demandée doit être soumis à un examen au fond puisque les conditions d'application du traité de 1846 ne sont pas réalisées.

Cette manière de voir me paraît inadmissible. La règle qui rend le juge de la demande principale compétent pour statuer sur la demande reconventionnelle est une règle de raison et d'équité, car le droit de former une demande reconventionnelle est une conséquence logique et nécessaire du droit de défense. Du reste l'article 2 du traité n'a fait que reproduire le principe de l'article 59 du code de procédure, il faut donc laisser à ce principe toute la portée qui lui est attribuée par la loi. De plus l'article 3 suppose que l'exécution du jugement peut être demandée quelle que soit la partie qui ait triomphé ; or le plus souvent le défendeur n'a d'intérêt à faire exécuter le jugement que s'il a été statué en sa faveur sur une demande reconventionnelle par lui formée Enfin il est certain que cette théorie, peu en harmonie avec l'esprit du traité, amènerait des représailles contre les Français

de la part des tribunaux badois ou alsaciens ; elle a pour base ces idées de défiance et ce désir de protéger nos nationaux très explicables, il faut le reconnaître, dans la circonstance, mais qui sont contraires, nous l'avons vu, au développement des relations internationales, et dont il faut souhaiter la disparition.

Il me reste à examiner sur ces trois traités une question générale qui s'est posée devant le tribunal de Nancy relativement au traité franco-badois.

Lorsqu'un traité a été conclu par la France, l'hypothèque judiciaire peut-elle être inscrite en vertu du jugement étranger avant l'obtention de la sentence d'*exequatur* ? Le tribunal de Nancy a décidé l'affirmative (1). Je crois qu'il a eu raison dans l'espèce car les articles 1 et 3 du traité franco-badois se prêtent à cette solution en distinguant l'hypothèque judiciaire de l'exécution proprement dite. Mais il me semble qu'en l'absence de textes formels comme le sont ceux-ci, cette théorie ne saurait se fonder sur les seuls termes de l'article 2123, et qu'elle ne pourrait s'appliquer aux jugements suisses ou italiens. Un arrêt de la cour d'Aix l'a ainsi jugé (2). L'hypothèque en effet n'est pas un simple acte conservatoire, et si elle n'est pas non plus un acte d'exécution, l'article 2123 paraît bien cependant avoir établi une certaine connexité entre l'hypothèque et l'exécution en ce qui

(1) 3 janvier 1873 (journal dr. intern. 1874, page 305).

(2) Aix, 16 décembre 1869 (Dal. 1871, II, 73). Voir en outre journal de dr. intern. 1882, page 392.

concerne les jugements étrangers. Cependant un arrêt de la cour de Turin, du 20 mars 1876 (1), que je rappellerai en résumant les principales législations étrangères, a fait du traité franco-italien l'application que le tribunal de Nancy avait faite du traité franco-badois.

Une convention signée entre la France et la Russie, le 11 janvier 1787, reconnaissait implicitement l'autorité de la chose jugée dans chaque pays aux jugements de l'autre. Ce traité avait été conclu pour douze années (article 46). On a dit qu'il avait été renouvelé par l'article 5 du traité de Paris du 8 octobre 1801 et l'article 27 du traité de Tilsitt du 7 juillet 1807. C'est là une erreur, car ces articles se bornent à dire que les relations de commerce entre les deux nations seront rétablies sur le même pied qu'avant la guerre; or le traité de 1787 avait perdu sa force légale par l'expiration du délai de douze ans qui avait pris fin le 11 janvier 1799, c'est-à-dire avant la guerre.

On a pu remarquer que les trois traités et la loi politique que j'ai résumés sont, à part quelques nuances de détail, l'application du système de la non-révision que j'ai adopté. Cette théorie est donc la meilleure puisqu'on a cru nécessaire d'apporter, par des traités conclus dans les cas que j'ai indiqués, des dérogations à la règle posée par la jurisprudence. Il est à désirer que ces traités se multiplient de plus en plus ; leur utilité est considérable, et elle se manifeste-

(1) Journal dr. intern. 1879, page 86.

rait même le jour où la jurisprudence admettrait la solution que je crois préférable, car ils assureraient aux jugements français le bénéfice de la réciprocité vis à vis des législations qui n'auraient pas encore répudié le principe de la révision.

SECTION IV

SENTENCES ARBITRALES

L'article 2123 indique lui-même à la suite des jugements les sentences arbitrales comme pouvant donner naissance à l'hypothèque judiciaire. Mais lorsqu'il s'occupe des jugements étrangers, il passe sous silence les sentences arbitrales rendues par les arbitres étrangers ; il faut donc faire la distinction qu'il a omise et examiner à quelles conditions ces deux classes de sentences emporteront hypothèque.

Je dois avant tout faire une observation commune à toutes les sentences arbitrales en général.

J'ai déjà annoncé qu'il faut restreindre les termes de l'article 2117, en tant qu'il fait résulter l'hypothèque des actes judiciaires. Nous verrons qu'en réalité une seule catégorie d'actes judiciaires produit hypothèque ; mais certains auteurs ont cru pouvoir appliquer complètement l'article 2117 et légitimer le pluriel dont il se sert, en rangeant les sentences arbitrales parmi les actes judiciaires, sous prétexte que l'hypothèque en ce qui les concerne dérive, non pas de la sentence elle-même, mais de l'ordonnance *d'exequatur*.

Il me semble que c'est là un point de vue inexact ; en indiquant au début de la seconde partie de cette étude le plan que j'avais l'intention de suivre, j'ai constaté que l'ordonnance *d'exequatur* vient simplement donner à la sentence la force exécutoire ; quant à l'autorité de la chose jugée, la sentence la possède par elle-même ; elle constitue un véritable jugement, et c'est d'elle et non pas de l'ordonnance que résultent les condamnations dont l'hypothèque garantit l'exécution. On peut dire que la naissance de l'hypothèque était subordonnée à la condition qu'une ordonnance *d'exequatur* confirmerait la sentence ; la condition accomplie l'hypothèque apparaît, sans rétroactivité il est vrai, mais c'est cependant dans la sentence qu'elle puise son origine. Voilà pourquoi j'ai rangé les sentences arbitrales parmi les jugements et non parmi les actes judiciaires.

§ I

Sentences arbitrales rendues en France

« *Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque* « *qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance ju-* « *diciaire d'exécution.* » (Article 2123.)

La même règle était suivie dans l'ancien droit ; Pothier nous l'atteste en ces termes : « *les sentences* « *des arbitres ne portent hypothèque que du jour de* « *l'homologation qui en est faite devant le juge, car* « *ces arbitres étant des particuliers, leur sentence* « *ne peut être revêtue d'aucune autorité publique qui* « *puisse produire l'hypothèque, jusqu'à ce qu'elle ait*

« *reçu cette autorité par l'homologation du juge* » (1). L'article 10 de la loi du 9 messidor an III confirmait ce principe auquel la loi de brumaire an VII ne paraît pas, quoiqu'on l'ait prétendu, avoir dérogé. Le motif de cette disposition est facile à comprendre, et Pothier dans le passage que je viens de citer l'a clairement indiqué. Les arbitres sont de simples particuliers n'ayant aucun caractère public, et tenant leur mission de juger de simples particuliers. Leur sentence a l'autorité de la chose jugée, cela veut dire qu'elle est réputée l'expression de la vérité parce qu'elle a la même vertu qu'une convention passée entre deux personnes ; elles est en effet le résultat d'un compromis, c'est-à-dire d'un contrat librement consenti par les parties qui ont résolu de résoudre une contestation au moyen d'un arbitrage. Mais lorsqu'il s'agit d'attacher à cette sentence la force exécutoire et la force hypothécaire, lorsqu'il s'agit de mettre la force publique à son service et de lui permettre de commander l'obéissance, il faut qu'une autorité ayant reçu délégation de la souveraineté nationale vienne lui imprimer le caractère qui lui faisait défaut.

Peu importe que l'arbitrage soit volontaire ou forcé ; dans les deux cas la solution est la même, car le motif est identique. (Article 61, Code de commerce.) Il faut noter d'ailleurs que la loi des 17-23 juillet 1856 a supprimé l'arbitrage forcé qui n'existait qu'en matière de sociétés, d'après les dispositions des articles 51 à

(1) Pothier. Traité des hypothèques, article 2.

63 du Code de commerce. L'article 55 permettait au tribunal de nommer lui-même des arbitres lorsque les associés refusaient de le faire, mais cette nomination n'avait pas pour conséquence d'attribuer aux arbitres désignés un caractère public ; la loi faisait simplement du tribunal le mandataire forcé des parties.

L'ordonnance d'exécution, qui ne diffère du reste en rien de l'ordonnance d'homologation de l'ancien droit, est rendue par le président du tribunal civil, ou exceptionnellement par le président de la cour d'appel (article 1020, Code de procédure) quand on compromet sur l'appel d'une sentence. Elle est inscrite en bas ou en marge de la minute.

Le président n'a pas à examiner le mérite et le bien fondé de la sentence, il doit simplemant vérifier la régularité du compromis, rechercher si les arbitres ont statué dans les termes de la convention qui sert de base à leur mission et s'ils n'ont pas ordonné des mesures d'exécution contraires à l'ordre public.

L'ordonnance une fois rendue, la sentence arbitrale devient un vrai jugement, elle produit l'hypothèque judiciaire dans les conditions que nous avons déjà déterminées plusieurs fois, c'est-à-dire si elle impose par une condamnation à l'une des parties l'acquittement d'une obligation envers l'autre partie. Il pourrait arriver en effet que la sentence ne réalisât pas ces conditions.

On a prétendu découvrir une antinomie entre l'article 2123 qui fait résulter l'hypothèque judiciaire des sentences arbitrales, et l'article 1022 du Code de

procédure ainsi conçu : « *les jugements arbitraux ne « pourront en aucun cas être opposés aux tiers.* » Or, dit-on, l'hypothèque judiciaire est un droit réel opposable aux tiers, par conséquent l'article 1022 (Code procédure) a sur ce point spécial abrogé l'article 2123. C'est là une erreur évidente, l'article 1022, dont je ne conteste d'ailleurs pas l'inutilité, a simplement voulu appliquer aux sentences arbitrales la règle générale portant que les jugements n'ont d'effet qu'entre les parties et ne peuvent altérer les droits de ceux qui sont restés étrangers au procès « *res inter alios judi- « cata aliis neque nocet neque prodest* », et il ouvre aux tiers la voie de la tierce opposition contre ces sentences.

§ II

Sentences arbitrales rendues à l'étranger

L'article 2123 est muet sur ces sentences ; il faut donc rechercher d'après les principes à quelles conditions elles peuvent emporter hypothèque judiciaire.

Les auteurs et la jurisprudence s'accordent généralement, je pourrais dire à peu près unanimement, à faire ici une distinction. Si l'arbitrage est volontaire, on applique les règles relatives aux sentences arbitrales rendues en France, une ordonnance d'*exequatur* émanant du président suffira ; si l'arbitrage est forcé, la sentence doit être assimilée à un jugement étranger, et il faudra l'intervention du tribunal français, intervention plus ou moins importante suivant l'opinion que l'on adopte sur le rôle du tribunal rela-

tivement à l'*exequatur* des jugements étrangers. Si l'arbitrage est volontaire, dit-on, les parties ont consenti à remettre la décision de leur litige à de simples particuliers; peu importe que les arbitres soient français ou étrangers, la convention doit produire tous ses effets. Si au contraire les arbitres ont été désignés par un tribunal étranger, ils empruntent leur autorité à une délégation de la puissance publique étrangère, ils font en quelque sorte partie intégrante du tribunal étranger et leur sentence doit être assimilée à un jugement étranger (1).

J'avoue cependant qu'il m'est difficile d'admettre cette distinction, et bien que cette opinion puisse paraître très téméraire, je crois avec Toullier (2) que dans tous les cas il faut assimiler les sentences arbitrales rendues à l'étranger aux sentences arbitrales françaises.

Si en effet les arbitres forcés, c'est-à-dire désignés par un tribunal étranger, sont plutôt des juges exerçant une juridiction permanente et investis d'un caractère public, il est certain qu'ils n'ont des arbitres que le nom et que leur décision est un véritable jugement. Mais au contraire, et c'est dans cette hypothèse qu'il faut se placer, si ce sont de simples particuliers chargés de statuer sur un point déterminé et dans un cas exceptionnel, peu importe que le point de

(1) Paris, 16 décembre 1809 (Sir. 1810, II, 298). — Paris, 7 janvier 1833 (Sir. 1833, II, 145). — Cass. 16 juin 1840 (Sir. 1840, I, 583). — Paris, 22 juin 1843 (Sir. 1843, II, 346).

(2) Toullier, tome X nos 87 et 88.

départ et la source de leur autorité soient une convention ou une nomination faite par un tribunal qui n'est alors qu'un mandataire imposé aux parties.

Le fait juridique qui leur attribue compétence peut varier, mais il n'influe pas sur le caractère du pouvoir de juridiction qui leur est déféré ; c'est un pouvoir temporaire, purement relatif à une contestation spéciale, et il ne peut être question ici de compétence territoriale, ni d'atteinte portée au principe de l'indépendance des Etats. On objecte que les arbitres jugeront conformément aux lois et aux usages du pays dans lequel ils ont été nommés ; mais l'objection se présente avec la même force en ce qui concerne les arbitres volontaires ; eux aussi jugeront certainement d'après leurs lois et leurs usages nationaux.

Notre législation elle-même me paraît bien s'être inspirée de ces idées, puisqu'avant la loi des 17-23 juillet 1856, lorsque l'arbitrage forcé existait en matière de sociétés, l'article 61 (Code commerce) assimilait les sentences de ces arbitres à celles qui émanent des arbitres volontaires. L'arbitrage était forcé en ce sens que le tribunal désignait les arbitres si les parties ne le faisaient pas, mais le caractère de la mission et du pouvoir confiés aux arbitres n'en était pas altéré. Aussi, il ne faut pas faire ici une distinction que la loi française n'admettait pas pour les sentences rendues en France, d'autant plus que l'arbitrage forcé existera presque toujours à l'étranger en matière commerciale et surtout en matière de société. Le président devra donc simplement se borner à examiner si les arbitres

ont statué dans les termes du compromis, et si leur sentence ne contient rien qui soit réprouvé par nos lois ou contraire à l'ordre public.

CHAPITRE II

DEUXIÈME SOURCE DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE. DES ACTES JUDICIAIRES

J'ai déjà, au commencement du chapitre précédent, essayé de faire la distinction entre les décisions judiciaires et les actes judiciaires, et toutes les solutions que j'ai données ont eu pour base l'application du *criterium* que j'ai tenté de déterminer aussi exactement que possible. L'acte judiciaire est tout acte, toute décision émanant de la juridiction gracieuse le plus souvent et parfois aussi de la juridiction contentieuse, qui n'impose pas à une personne au profit d'une autre l'acquittement d'une obligation à titre de condamnation. Il en résulte qu'en principe l'hypothèque judiciaire ne devrait jamais être attachée à des actes judiciaires, puisqu'elle a pour but de garantir l'exécution d'une condamnation. Le jugement, la décision judiciaire sont donc la source ordinaire et normale de l'hypothèque ; l'acte judiciaire n'en peut être qu'une source exceptionnelle, et il ne la produira qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi.

Au premier abord, cependant, ces principes paraissent en contradiction avec l'article 2117 qui dispose d'une façon générale que « *l'hypothèque résulte des « jugements ou actes judiciaires.* » Aussi quelques auteurs qui écrivaient à une époque assez rapprochée de la rédaction du Code civil, Delvincourt et Duran-

ton (1), par exemple, trompés par les termes de l'article 2117, ne mettaient pas en doute que les actes judiciaires ne dussent donner naissance à l'hypothèque. Cette théorie est aujoud'hui complétement abandonnée. Comment ces actes, qui le plus souvent en dehors de tout litige, se bornent à constater un fait, pourraient-ils produire une hypothèque générale sur tous les biens d'une personne qui la plupart du temps n'a pas été mise en cause et n'oppose aucune dénégation, qui ne conteste pas et n'a pas à contester des prétentions adverses ?

Du reste l'article 2117 ne contient, a-t-on pu dire avec beaucoup de vérité, que le programme de la matière, et c'est dans l'article 2123 qu'il faut rechercher les règles exactes qui doivent nous guider. Or précisément l'article 2123 vient limiter la formule beaucoup trop générale de l'article 2117. Il explique et développe les termes de l'article 2117, fait l'énumération des jugement qui doivent emporter hypothèque, et lorsqu'il s'occupe des actes judiciaires, il n'attribue cet effet qu'à une seule classe d'entre eux « *les reconnaissances ou vérifications faites en jugement des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé.* » Une seule classe d'actes judiciaires produira donc l'hypothèque ; en dehors de cette classe tous les actes qui ne constituent pas un véritable jugement, alors même que la loi

(1) Delvincourt : tome III, page 153, note 3.—Duranton : tome XIX, n° 337.

leur aurait donné ce nom, ne doivent pas nous préoccuper.

Aussi, rappelant simplement ici les solutions que j'ai données en traitant de la première source de l'hypothèque judiciaire, je conclus que les jugements d'adjudication, les jugements d'homologation, les jugements qui nomment un administrateur provisoire ou reçoivent une caution, les bordereaux de collocation, les ordonnances de distribution par contribution (1) etc... auxquels j'ai refusé le caractère de décisions judiciaires, constituent par là même des actes judiciaires qui ne peuvent emporter hypothèque. Quant aux sentences arbitrales et aux jugements déclaratifs de faillite ou homologatifs d'un concordat que l'on a voulu ranger parmi les actes judiciaires, j'ai déjà démontré que ce sont là de vrais jugements.

Je n'ai donc à étudier qu'un seul acte judiciaire, de sorte que j'aurais pu intituler ce chapitre « *du seul acte judiciaire qui produit hypothèque.* »

J'examinerai dans deux paragraphes : 1° quel est l'objet des demandes en reconnaissance ou vérification d'écriture ; 2° comment l'hypothèque résulte des jugements qui statuent sur ces demandes ?

(1) Jugement du tribunal de Saint-Gaudens joint à arrêt de cassation, 1er août 1881 (Sir. 1882, I, 337).

§ I

Quel est l'objet des demandes en reconnaissance ou vérification d'écritures?

Lorsqu'une personne a, par un acte sous seing privé, contracté une obligation envers une autre, cet acte n'a que la force d'obligation privée, c'est-à-dire qu'il a créé un lien entre les deux parties; mais si l'une d'elles refuse de s'exécuter, il faudra pour l'y forcer qu'un jugement vienne constater l'obligation et la sanctionner par une condamnation. Si l'on suppose que la créance est à terme ou conditionnelle, le créancier peut craindre qu'au moment de l'échéance du terme ou de l'arrivée de la condition, son débiteur ne refuse de reconnaître sa signature et conteste la sincérité de l'acte sous seing privé. Aussi comme ses moyens de preuve peuvent dépérir, comme les témoins par exemple auront peut-être disparu à cette époque, il faut lui permettre de s'assurer, même avant la date de l'exigibilité de sa créance, un titre certain et indéniable. Le créancier obtient ce résultat au moyen d'une demande en reconnaissance ou vérification d'écriture. Il assigne son débiteur futur ou éventuel, et celui-ci est tenu de reconnaître sa signature ou de la dénier, ou s'il est héritier du débiteur, de déclarer qu'il ne la reconnaît pas. S'il la reconnaît, il intervient un jugement de reconnaissance qui est un véritable acte judiciaire; s'il la dénie, le procès s'engage et quand la sincérité de la signature est prouvée, le tribunal rend un jugement de vérification par lequel la

signature est légalement tenue pour reconnue ; c'est un jugement puisqu'il tranche une contestation, mais ce n'est pas une décision judiciaire au sens strict que j'ai attaché à ce mot, car il n'emporte pas condamnation. Dans les deux cas, le créancier a en sa possession un titre certain qui lui permet d'attendre sans crainte l'échéance du terme ou l'arrivée de la condition.

Cette action existait déjà dans l'ancien droit où elle était très souvent mise en pratique. C'était l'action en reconnaissance ou vérification de [cédules] réglementée par l'édit de décembre 1684. Elle faisait alors partie d'un système d'actions spéciales que l'on appelait les actions interrogatoires, au moyen desquelles on établissait l'existence d'un droit sans en réclamer en même temps le bénéfice, et qui avaient pour but de remédier au dépérissement des preuves, par exemple les enquêtes à futur permettant de s'assurer des témoignages dont on redoutait la disparition. L'article 1[er] du titre XIII de l'ordonnance de 1667 fit disparaître la plupart de ces actions interrogatoires qui offraient les plus graves inconvénients. L'action en reconnaissance ou vérification d'écriture survécut à peu près seule à raison de son utilité ; elle fut maintenue par les lois du 9 Messidor an III et 11 Brumaire an VII, et elle a été consacrée par le Code civil et le Code de procédure qui dans ses articles 193 et suivants l'a longuement réglementée. Je remarque en passant que l'action en déclaration d'hypothèque, destinée à interrompre la prescription commencée par le tiers déten-

teur de l'immeuble hypothéqué dans les termes de l'article 2180 n° 4, présente encore les caractères d'une action interrogatoire. Ce sont les deux seuls vestiges de cet ancien système qui soient encore demeurés sous notre droit.

§ II

Comment l'hypothèque résulte des reconnaissances ou vérifications d'écritures ?

Il est difficile d'expliquer logiquement comment l'hypothèque peut être attachée aux jugements de reconnaissance ou de vérification d'écriture, surtout aux jugements de reconnaissance. Le jugement de vérification met fin à un litige, quoiqu'il ne prononce pas de condamnation ; on aurait pu comprendre à la rigueur que le législateur l'eût confondu avec les véritables décisions judiciaires à une époque où les nouveaux principes introduits dans notre droit moderne n'étaient pas encore toujours très nettement dégagés. Mais le jugement de reconnaissance n'a d'un jugement que la forme, il se borne à constater un aveu et l'on ne conçoit pas qu'il produise le même effet.

On arrive ainsi à consacrer une injustice flagrante et à dénaturer complètement la convention conclue entre les parties. Une personne, en effet, s'engage envers une autre par un acte sous-seing privé ; elle veut contracter une dette purement chirographaire à terme ou conditionnelle, et en engageant tous ses biens dans les termes de l'article 2092, elle n'a nullement

consenti à les grever d'un droit réel qui lui enlèverait une partie de son crédit. L'obligation ainsi déterminée a été reçue par le créancier, et le lendemain même, alors que l'arrivée de la condition ou l'échéance du terme ne se réaliseront peut-être que dans un temps très éloigné, le créancier, sous prétexte de s'assurer un titre authenthique et d'éviter le dépérissement des preuves, va par une action en reconnaissance d'écriture qui ne donne lieu à aucune contestation, s'assurer une hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir du débiteur. On aperçoit immédiatement les conséquences désastreuses qu'engendrera pour la fortune et le crédit du débiteur cette violation formelle du contrat passé par lui, puisqu'au moment de la convention le créancier n'a même pas exigé la constitution d'une hypothèque spéciale, et s'est contenté de la garantie personnelle de son co-contractant.

Une pareille disposition légale, surtout telle qu'elle existait à l'époque de la rédaction du Code civil avant d'avoir été atténuée par la loi de 1807 que je vais avoir à étudier, est absolument mauvaise et doit être considérée comme une profonde erreur législative. On ne peut l'expliquer que par un oubli momentané des principes sur lesquels les législateurs de 1804 faisaient reposer toute la théorie des hypothèques ; sur ce point le Code civil a reproduit purement et simplement les traditions de l'ancien droit. J'ai établi dans la partie historique de cette étude que l'hypothèque judiciaire avait commencé à prendre naissance

précisément à propos des jugements de reconnaissance de cédules, et que sa création était une conséquence directe du système de constitution des hypothèques alors en vigueur. Tous les actes authentiques passés devant notaire produisaient alors, même tacitement, une hypothèque générale ; les parties prirent l'habitude de reconnaître leurs actes sous seing privé devant notaire lorsqu'elles s'étaient entendues pour attacher à la créance un droit réel qu'elles n'avaient pas à l'origine l'intention de constituer; aussi on arriva logiquement à donner le même effet aux jugements de reconnaissance ou vérification de cédules. Mais lorsque ce mode de création d'une hypothèque générale disparut pendant la période du droit intermédiaire, cette conséquence logique du système aurait dû s'évanouir avec lui ; elle persista cependant, probablement parce que les législateurs du droit intermédiaire et du Code civil oublièrent quelle avait été la genèse de l'hypothèque judiciaire sur ce point, et confondirent les jugements de reconnaissance et de vérification d'écriture avec les véritables décisions judiciaires auxquelles ils entendaient maintenir cette garantie.

Quoi qu'il en soit la règle contenue dans l'article 2123 est certaine. D'après le Code civil par conséquent, un jugement de reconnaissance ou de vérification d'écriture emportait, du jour où il était rendu, une hypothèque générale qu'on pouvait inscrire immédiatement, c'est-à-dire avant que la créance fût devenue exigible, sans qu'il y eût lieu de distinguer si le juge-

ment était contradictoire ou par défaut, sans qu'il fallût attendre sa signification. On peut même ajouter que les lois du droit intermédiaire et le Code civil dépassaient sur ce point la portée des dispositions de l'ancien droit, car la déclaration du 2 janvier 1717 avait apporté une exception considérable à cette règle en déclarant : « *Que les jugements rendus avant l'é-* « *chéance des billets ou lettres de change, promesses* « *ou billets passés pour faits de commerce et mar-* « *chandises ne pouvaient produire hypothèque sur les* « *biens du débiteur.* » On avait donc écarté l'application de la règle générale dans les cas où elle était particulièrement gênante et où elle portait surtout atteinte au crédit des débiteurs, c'est-à-dire en matière de commerce. Mais la loi de messidor an III, celle de brumaire an VII, et le Code civil n'ayant pas reproduit cette exception, il fallait décider que la déclaration de 1717 était abrogée (1). L'article 2123 avait donc aggravé les règles de l'ancien droit ; on peut dire qu'il rendait illusoire dans une large mesure le principe de la spécialité des hypothèques que la loi de brumaire avait inauguré et que le Code civil prétendait maintenir (articles 2129 et s. s.).

Un pareil état de choses ne pouvait pas durer ; on aperçut bientôt tous les inconvénients qu'il présentait, et une loi du 3 septembre 1807 vint apporter une réforme qui, tout en ayant réalisé un progrès indispensable, n'est pas encore cependant en harmonie par-

(1 Cass. 6 avril 1809 (Sir. 1809, I, 182).

faite avec les principes. Son article 1er est ainsi conçu : « *Lorsqu'il aura été rendu un jugement sur une de-* « *mande en reconnaissance d'obligation sous-seing* « *privé, formée avant l'échéance ou l'exigibilité de la* « *dite obligation, il ne pourra être pris aucune ins-* « *cription hypothécaire, en vertu de ce jugement,* « *qu'à défaut du paiement de l'obligation, après son* « *échéance ou son exigibilité, à moins qu'il n'y ait* « *eu stipulation contraire.* »

La loi de 1807 n'a fait du reste que reproduire un amendement proposé au tribunat lors de la discussion de l'article 2123 ; le tribunat demandait qu'après ces mots du projet « *elle résulte aussi des reconnais-* « *sances ou vérifications faites en jugement des signa-* « *tures apposées à un acte obligatoire sous-seing* « *privé,* » on ajoutât : « *mais elle ne peut avoir d'effet* « *que du jour de l'échéance de l'obligation.* » Cette proposition avait été rejetée.

La lecture de cet article 1er révèle immédiatement qu'il n'a pas appliqué complètement les principes. Il ne supprime pas purement et simplement l'hypothèque judiciaire qui résultait des jugements de reconnaissance ou vérification d'écriture ; il en paralyse seulement l'efficacité en retardant son inscription jusqu'à l'échéance ou l'exigibilité de l'obligation. L'hypothèque existe en germe du jour du jugement, mais elle n'offrira que plus tard toute son utilité au créancier. Notons en passant que les termes « *d'échéance* « *et d'exigibilité* » dont se sert l'article 1er ne sont pas synonymes et ne font pas double emploi ; une

dette peut devenir exigible avant d'être échue, c'est ce qui arrive lorsque le débiteur est déchu du bénéfice du terme parce qu'il a, par son fait, diminué les sûretés qu'il avait données à son créancier (art. 1188).

La loi de 1807 ne constitue donc qu'une demi-mesure ; elle laisse subsister des inégalités et des contradictions choquantes. Elle a d'abord le tort de conserver la garantie de l'hypothèque à des actes qui logiquement ne devraient pas la produire, je l'ai déjà démontré. De plus dans toute législation bien organisée, dès qu'un droit réel est né au profit d'une personne, on doit permettre au titulaire de le conserver et d'en assurer l'efficacité immédiate au moyen de certaines mesures prévues par les lois, l'inscription par exemple en droit français ; or ici, si vigilant que soit le créancier, il ne lui sera pas possible de profiter immédiatement de l'hypothèque créée à son profit, puisqu'il ne pourra l'inscrire aussitôt et sera primé par une foule d'hypothèques ayant une origine postérieure à la sienne. On ne saurait objecter que son hypothèque est purement conditionnelle et que l'échéance de l'obligation n'est autre chose que l'avènement de la condition. S'il en était ainsi, la condition une fois accomplie rétroagirait, et le créancier aurait dû pouvoir inscrire au moins conditionnellement son hypothèque, ce qui ne lui est pas permis ; du reste l'échéance du terme étant un évènement certain ne peut être considéré comme une condition. Cette situation est à coup sûr préférable à celle qui existait avant la loi de 1807, mais elle n'en reste pas moins une déro-

gation sensible et peu justifiée aux règles ordinaires relatives à la conservation des droits réels.

En outre la loi de 1807 favorise encore le créancier qui a introduit une action en reconnaissance ou vérification d'écriture. Si l'on suppose en effet deux créanciers chirographaires dont les créances sont affectées du même terme, celui qui aura obtenu un jugement de reconnaissance ou vérification inscrira l'hyothèque judiciaire le jour même de l'échéance ; si l'autre n'est pas payé à l'échéance, il ne pourra ce jour-là qu'intenter une poursuite sur laquelle un jugement productif d'hypothèque judiciaire n'interviendra qu'après un délai plus ou moins long. Sans doute, quelquefois ce second créancier aura été négligent en n'agissant pas, mais si l'on suppose que son titre était notarié, on n'a rien à lui reprocher et on se trouve en face de cette situation vraiment extraordinaire : une créance résultant d'un acte authentique est moins protégée que celle qui a pour base un acte sous-seing privé. Le créancier en vertu d'un titre authentique ne pouvait en effet agir en reconnaisance d'écriture, puisque l'écriture même reconnue peut encore être attaquée par la voie de l'inscription de faux qui est précisément le seul moyen par lequel on puisse prouver le fausseté d'un acte authentique.

Enfin la loi de 1807, en permettant aux parties d'écarter par une stipulation contraire les dispositions qu'elle édicte, c'est-à-dire en les autorisant à inscrire l'hypothèque avant l'échéance si elles en sont convenues, leur donne la faculté de déroger au grand

principe de la spécialité des hypothèses qui forme avec celui de la publicité le fondement de notre système hypothécaire.

Dans les années qui ont suivi la promulgation de la loi du 3 septembre 1807, on s'est posé la question maintenant peu pratique de savoir si elle s'appliquait aux actes sous-seing privé passés avant sa mise en vigueur. Quant aux jugements de reconnaissance ou de vérification rendus auparavant, elle ne pouvait certainement avoir aucune influence sur eux, car ces jugements constituaient pour le créancier un droit acquis. Pour les jugements rendus postérieurement, mais relatifs à des actes antérieurs, la jurisprudence décidait avec raison qu'ils étaient soumis à l'empire de la loi nouvelle car l'acte sous-seing privé n'offrait pas pour le créancier un droit acquis à l'hypothèque judiciaire qui pouvait résulter d'un jugement de reconnaissance ou de vérification rendu sur cet acte, mais une simple expectative, et les procédures ne produisent que les effets déterminés par les lois en vigueur à l'époque où elles ont lieu (1).

La loi de 1807 exige que la reconnaissance ou la vérification soit constatée dans un jugement, c'est là une condition essentielle. Quand y a-t-il jugement dans le sens qu'il faut attribuer ici à ce mot et qui est très différent de celui que je lui ai donné en étudiant la première source de l'hypothéque?

L'hypothèque résultera très certainement des juge-

(1) Cass. 5 juin 1833 (Sir. 1833, I, 644).

ments de reconnaissance ou vérification rendus par le tribunal civil qui, aux termes des articles 427 et 1015 (Code procédure), a une compétence à peu près exclusive pour les vérifications d'écriture.

L'hypothèque ne peut être attachée aux reconnaissances faites devant le juge de paix en conciliation. Le procès-verbal de conciliation n'est pas un jugement, les obligations qu'il constate n'ont que la force d'obligations privées (art. 54, Code procédure) ; du reste ce point a été formellement établi dans les travaux préparatoires par le consul Cambacérès devant le conseil d'Etat (1).

J'ai déjà discuté longuement dans le premier chapitre de cette étude la question de savoir si un jugement émanant d'une juridiction incompétente produit hypothèque ; c'était là sa place en effet, mais je la rappelle ici parce qu'elle s'est posée précisément à propos de reconnaissances d'écritures. Les parties pourraient elles par exemple proroger la compétence d'un juge de paix, en lui attribuant la connaissance d'une demande en vérification ou reconnaissance d'écriture en dehors des limites de sa compétence ?

Merlin et Troplong avaient fait une distinction ; la compétence pouvait être prorogée d'après eux dans tous les cas où le juge de paix était incompétent *ratione personæ*, ou s'il était incompétent *ratione materiæ*, lorsque sa compétence était limitée *ad certam summam*. J'ai déjà montré que cette distinction repo-

(1) Fenet. Tome XV, page 360.

sait sur une confusion et que toutes les décisions émanant d'une juridiction incompétente produisaient dans tous les cas hypothèque judiciaire, au moins provisoirement tant qu'elles n'avaient pas été attaquées et anéanties au moyen d'une voie de recours autorisée par la loi.

Quant à la question toute différente de savoir dans quels cas on peut proroger une compétence, question qui ne rentre pas directement dans mon sujet, je crois que la distinction de Merlin et de Troplong ne doit pas non plus la résoudre. Il me semble que les parties peuvent proroger une compétence toutes les fois que sa limitation ne repose pas sur un motif d'ordre public, et il en est ainsi lorsque l'incompétence existe seulement *ratione personæ*. Si l'incompétence est *ratione materiæ*, soit *ad certam summam*, soit *ad certum genus causarum*, elle n'a plus pour base l'intérêt exclusif des parties mais elle touche aussi à l'ordre public ; aussi ne pourrait-on la proroger. C'est du reste la solution qui paraît bien résulter de l'article 7 du Code de procédure : « *les parties « pourront toujours se présenter volontairement de- « vant un juge de paix, auquel cas il jugera... encore « qu'il ne fût le juge naturel des parties ni à raison « du domicile du défendeur, ni à raison de la situation « de l'immeuble litigieux.* » Lorsque le juge de paix est incompétent à raison du domicile du défendeur ou de la situation de l'immeuble litigieux il est incompétent *ratione personæ* ou *loci*.

Une dernière hypothèse peut se présenter. Une

personne s'est engagée, par un acte sous-seing privé, à constituer au profit d'une autre une hypothèque spéciale. Puis le créancier assigne son débiteur en reconnaissance d'écriture et en même temps conclut à ce qu'il soit condamné à constituer l'hypothèque spéciale; je suppose en outre que l'obligation n'était pas affectée d'un terme ou d'une condition. L'écriture est reconnue ou vérifiée et la condamnation prononcée. De cette décision résulte une hypothèque générale qui n'est pas attachée à proprement parler au jugement en tant qu'il vérifie l'écriture, mais en tant qu'il condamne le débiteur à constituer l'hypothèque spéciale qu'il a promise. L'hypothèque générale pourra être inscrite de suite, elle garantira l'exécution de l'obligation du débiteur, aussi elle disparaîtra lorsque cette obligation sera exécutée, c'est-à-dire lorsque l'hypothèque spéciale aura été fournie. Elle pourrait cependant survivre pour garantir par exemple le paiement des dommages-intérêts auxquels le débiteur aurait été condamné. Si l'on suppose au contraire que l'obligation contient la stipulation d'un terme, le créancier pourra, avant l'échéance, intenter une action en reconnaissance ou vérification d'écriture, mais sans qu'il lui soit permis de conclure à une condamnation contre son débiteur, de sorte qu'il ne lui sera possible d'inscrire l'hypothèque judiciaire que dans les termes de la loi du 3 septembre 1807, après l'échéance par conséquent.

J'ai ainsi terminé l'examen du premier titre de cette étude; je le résume dans la formule suivante que j'ai

déjà plusieurs fois donnée et qui m'a constamment guidé.

L'hypothèque judiciaire a deux sources, l'une normale et l'autre exceptionnelle. Elle est produite normalement, régulièrement, par les jugements proprement dits qui sont les décisions judiciaires dans lesquelles une condamnation impose à l'une des parties au profit de l'autre l'acquittement d'une obligation. Elle résulte exceptionnellement d'un seul acte judiciaire, les jugements de reconnaissance ou vérifications d'écritures auxquels, en bonne logique, elle n'aurait même pas dû être attachée.

TITRE II

Effets de l'hypothèque judiciaire

Les effets de l'hypothèque judiciaire doivent être envisagés à trois points de vue. Elle est une garantie attachée à une créance, il faut donc se demander quelles créances elle a pour but de garantir. De plus elle est une sûreté réelle, elle grève par conséquent certains biens qu'il faut déterminer. Enfin elle a pour but d'assurer le paiement d'une créance, c'est-à-dire qu'elle suppose un lien d'obligation existant entre deux personnes, entre un créancier et un débiteur ; je devrai examiner au profit de quels créanciers elle existe et contre quels débiteurs.

Ce titre se divisera donc lui-même en trois chapitres :

1° Quelles créances garantit l'hypothèque judiciaire ;

2° Sur quels biens elle porte ;

3° Au profit de qui et contre qui elle existe.

CHAPITRE I

QUELLES CRÉANCES GARANTIT L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE ?

La réponse à cette question est facile. Le but de l'hypothèque judiciaire est d'assurer l'exécution des condamnations qui résultent d'un jugement ; l'hypothèque garantira par conséquent toutes les créances qui ont leur source dans la condamnation.

Ces créances peuvent être de quatre espèces. Il y a la somme principale, les intérêts, les dommages-intérêts et enfin les dépens. Ces quatre éléments d'obligation se trouvent tous réunis quelquefois dans un jugement, le plus souvent quelques-uns seulement y sont contenus. Il peut arriver aussi que ces créances ne soient pas déterminées dans le jugement lui-même. C'est là un fait qui se produit toujours pour les décisions judiciaires qui imposent une obligation de faire ou de ne pas faire ; l'hypothèque, nous l'avons vu, en résulte dans le but de garantir le paiement des dommages-intérêts qui seront la conséquence de l'inexécution de l'obligation ; la créance n'est donc pas déterminée au moment de la naissance de l'hypothèque. Il peut en être de même en ce qui concerne les dépens et les frais qui souvent sont liquidés en dehors du jugement par un exécutoire émanant d'un juge (art. 543 et 544 du Code de procédure — décret du 16 février 1807). L'hypothèque naît cependant du jugement, mais nous verrons qu'alors il faut évaluer approximativement

ces créances dans l'inscription prise avant leur liquidation.

De ce que l'hypothèque garantit le paiement des dépens, il s'ensuit que de ce chef elle est attachée à presque tous les jugements, même à ceux qui ne la produisent pas en ce qui concerne la condamnation principale. Ainsi par exemple, les jugements qui statuent sur une question d'Etat n'imposent pas en règle générale à la partie qui a succombé une obligation au profit de l'autre partie, mais ils contiennent une condamnation aux dépens garantie par l'hypothèque judiciaire

L'hypothèse inverse se présentera aussi quelquefois, et l'on peut trouver des cas où un jugement impose une obligation principale sans prononcer une condamnation aux dépens. Tel est le cas où un créancier assigne un débiteur en reconnaissance d'écriture d'un acte sous-seing privé ; si le défendeur reconnaît son écriture, l'hypothèque résulte du jugement dans les conditions que j'ai déterminées plus haut, mais tous les frais et dépens resteront à la charge du demandeur (art. 193, Code procédure). De même lorsque les juges auront usé de la faculté de compenser les dépens qui leur est accordée par l'article 131 (Code procédure) ; si la compensation a eu lieu en totalité, l'hypothèque judiciaire n'existe pas relativement aux dépens.

Enfin lorsque la condamnation est prononcée solidairement contre plusieurs personnes, l'hypothèque existe contre chacune d'elles pour la totalité des créan-

ces provenant du jugement. Mais lorsqu'une d'elles aura payé, l'hypothèque s'évanouira, car s'il y avait pluralité de débiteurs il y avait unité de lien, et le paiement par un seul débiteur a brisé le lien et libéré les autres envers le créancier. Quant au recours que le débiteur qui a payé peut exercer contre ses co-débiteurs solidaires, son efficacité n'est pas garantie par l'hypothèque car ce n'est pas dans le jugement qu'il a sa base ; il dérive uniquement de la nature de l'obligation solidaire.

CHAPITRE II

SUR QUELS BIENS PORTE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

L'hypothèque judiciaire, d'après les termes mêmes de l'article 2123, est une hypothèque générale qui s'étend sur tous les biens présents et à venir du condamné. Dans l'ancien droit il en était de même, mais la loi du 11 brumaire an VII l'avait spécialisée dans une certaine mesure en la faisant porter seulement sur les biens présents. C'était là, je crois, un progrès de législation qui n'a pas été maintenu, puisque le Code civil a eu le tort de rendre à l'hypothèque judiciaire son caractère de généralité absolue ; c'est cet effet attribué à notre institution qui a fait, non sans raison selon moi, l'objet des plus vives critiques. Je reviendrai sur ce point, mais il faut noter en passant, que si la nécessité d'une garantie d'exécution attachée aux jugements doit se faire sentir, il ne faut pas que cette garantie cause au condamné un préjudice considérable et hors de proportion avec les avantages qu'elle procure au créancier. Or c'est ce qui arrive en réalité; l'hypothèque judiciaire n'est autre chose qu'une hypothèque légale, et comme toutes les hypothèques légales, elle porte la plus grave atteinte au crédit de celui dont elle grève les biens; elle lui rend très difficiles les transactions, les aliénations, grâce au droit de suite dont elle menace les tiers acquéreurs. Cette disposition est d'autant plus regrettable que l'intérêt du créancier ne l'exigerait nulle-

ment; l'étendue de la garantie devrait se mesurer aux obligations dont il s'agit d'assurer l'exécution, et presque toujours la loi l'exagère inutilement.

Quoi qu'il en soit, le principe est certain et l'article 2123 apporte une exception peu justifiée à la règle de la spécialité. Il est vrai que dans une certaine mesure on peut considérer comme un remède la réduction autorisée par les articles 2163, 2164 et 2165, mais, à raison des formalités qui l'entourent, la réduction est peu pratique et elle n'atténue que d'une façon très restreinte la portée des critiques adressées à l'hypothèque judiciaire à raison de sa généralité.

L'hypothèque judiciaire, différente dans son origine puisqu'elle dérive des jugements, a donc néanmoins la même étendue que l'hypothèque légale.

Le principe posé, il faut le développer et rechercher ses applications, qui ont donné lieu parfois à des controverses assez vives.

Il y a cependant des points certains. L'hypothèque est générale, par conséquent elle embrasse tous les biens présents et à venir qui sont susceptibles d'être hypothéqués dans les termes de l'article 2118, c'est-à-dire les immeubles et leurs accessoires réputés immeubles, l'usufruit des mêmes biens, et en outre les actions de la Banque de France immobilisées conformément à l'article 7 du décret du 16 janvier 1808, et avant leur rachat par l'Etat à la suite des lois du 1er août 1860 et 20 mai 1863, les actions immobilisées de la compagnie des canaux du Loing et d'Orléans.

L'hypothèque ne porte pas sur les meubles; c'est là une règle certaine consacrée d'ailleurs par l'article 2119. Toutefois, dans l'intérêt du commerce, une loi du 10 décembre 1874, modifiée et même remplacée par une loi du 10 juillet 1885, a permis d'hypothéquer les navires. Mais il est certain que cette exception ne doit pas être étendue, et que les navires ne sont susceptibles que d'une hypothèque conventionnelle : en ce qui concerne l'hypothèque judiciaire ou légale, le principe de l'article 2119 s'applique dans toute sa rigueur. C'est du reste ce qui résulte formellement de l'article 1[er] des lois de 1874 et 1885.

L'hypothèque frappe les biens du débiteur tels qu'ils se trouvent dans son patrimoine ; si la propriété du débiteur est affectée d'une condition suspensive ou résolutoire, l'hypothèque est certainement soumise à la même modalité.

Cette idée me permet de résoudre facilement une question qui s'est présentée en pratique. Une personne a fait à une autre une vente d'immeuble accompagnée d'une clause de réméré ; comment l'immeuble est-il grevé des hypothèques judiciaires provenant de condamnations prononcées soit contre l'acquéreur, soit contre le vendeur ?

Grenier (1) prétend que les jugements rendus contre le vendeur ne feront pas porter l'hypothèque sur l'immeuble ainsi aliéné; cette solution n'est du reste

(1) Grenier : Traité des hypothèques, tome I, page 332.

qu'une conséquence de sa théorie sur l'article 2125 du Code civil. En effet, dit-il, on ne peut constituer une hypothèque conventionnelle, ou être grevé d'une hypothèque légale ou judiciaire sur un immeuble, que si l'on est propriétaire de cet immeuble; or ici l'acquéreur est seul propriétaire de l'immeuble, et le vendeur qui l'a aliéné n'a plus aucuns droits actuels sur lui. Cette opinion a inspiré également un arrêt de la cour de Besançon du 22 novembre 1822, confirmé par la cour de cassation le 21 décembre 1825 (1), qui sans statuer directement sur notre question, l'a cependant résolue ainsi dans ses motifs.

Cependant je ne la crois pas exacte, et pour moi l'hypothèque judiciaire frappe l'immeuble ainsi aliéné, même lorsqu'elle résulte de jugements rendus contre le vendeur. Tel est du reste l'avis général des auteurs qui ont discuté la question, entre autres Tarrible et Troplong (2) qui après avoir paru admettre la théorie de Grenier, l'abandonne quelques pages plus loin pour se rallier à celle de Tarrible. Sans doute l'hypothèque conventionnelle, légale ou judiciaire ne peut frapper que les immeubles dont le débiteur de la créance qu'il s'agit de garantir est propriétaire; mais l'article 2125 n'exige pas que le droit de propriété soit actuel; il suffit qu'il soit éventuel, qu'il existe une espérance d'un droit de propriété, si l'on peut s'exprimer ainsi. Or c'est précisément ce qui se produit dans notre hypo-

(1) Sir. 1826, I, 275.

(2) Tarrible: v° hypothèque, section II § 3 art. 3 n° 5. Troplong: des privil. et hypo. n°s 435 et 469.

thèse; l'acquéreur de l'immeuble a un droit de propriété actuel mais soumis à une condition résolutoire, celle de l'exercice de l'action en réméré; le vendeur a également un droit de propriété, mais un droit de propriété éventuelle puisqu'il est affecté d'une condition suspensive qui est aussi celle de l'exercice de l'action en réméré. Ces deux droits de propriété ne sont pas inconciliables, l'un étant actuel et l'autre éventel, et l'on peut dire que l'acquéreur et le vendeur sont tous deux propriétaires de l'immeuble dans un sens différent. Par conséquent les hypothèques judiciaires ou légales peuvent grever l'immeuble du chef du vendeur et du chef de l'acquéreur à la fois, mais elles sont soumises aux mêmes modalités que le droit de propriété sur l'immeuble. Si donc le vendeur exerce son action en réméré, la vente est résolue, l'immeuble est censé lui avoir toujours appartenu, les hypothèques qui le grevaient sous condition suspensive sont définitivement consolidées, et celles qui le grevaient sous condition résolutoire du chef de l'acquéreur sont anéanties. A l'inverse si le vendeur laisse passer le délai conventionnel ou le délai légal de 5 ans de l'article 1660 sans user du pacte de rachat, les résultats opposés se produisent. Ces solutions ressortent clairement de l'article 2125 : « *Ceux qui n'ont sur l'immeuble* « *qu'un droit suspendu par une condition ou résolu-* « *ble dans certains cas, ne peuvent consentir qu'une* « *hypothèque soumise aux mêmes conditions.* »

Pour échapper à l'application d'un texte aussi précis, Grenier a été obligé d'aller jusqu'à dire « *que les*

« *termes* « *suspendu par une condition* » *supposent* « *le cas où un particulier aurait une propriété mais* « *en même temps le cas où cette propriété devrait* « *cesser et devrait passer à une autre personne..* » Donc, en dégageant de cette phrase assez embarrassée de Grenier l'idée qu'elle veut traduire, pour lui ces expressions « *suspendu par une condition* » doivent désigner la condition résolutoire. Une pareille assertion se réfute d'elle-même ; il est bien évident que lorsqu'il s'agit d'un droit suspendu par une condition, la condition dont il est affecté est suspensive ; d'ailleurs, si le sens que Grenier attribue à ce membre de phrase était exact, la loi aurait commis une véritable redondance en employant deux termes différents pour exprimer la même idée, puisque immédiatement après elle parle de « *droits résolubles dans certains cas* » et vise ainsi formellement la condition résolutoire.

Si l'on suppose que le vendeur a cédé à un tiers son action en réméré, l'hypothèque qui grève l'immeuble du chef du vendeur s'évanouit, même lorsque le cessionnaire exerce le réméré (1). En effet, la condition à laquelle est soumise l'hypothèque n'est pas que le réméré sera exercé, mais qu'il sera exercé par le vendeur ; or le vendeur, en cédant son droit dont il pouvait librement disposer, fait défaillir lui-même la condition. Toutefois le créancier dont la créance était garantie par l'hypothèque judiciaire aura contre le vendeur la ressource de l'action paulienne si la cession a été faite en fraude de ses droits.

(1) Cass. 21 décembre 1825.

Cette théorie est universellement admise; j'avoue cependant que je ne m'y range pas sans quelques hésitations. Je me demande si l'on ne devrait pas considérer la cession de l'action comme l'exercice de cette action par le vendeur, car sauf le cas très exceptionnel où le cessionnaire aurait acquis l'action pour en faire don à l'acquéreur, il est certain que l'action sera exercée. La cession n'est guère autre chose qu'une aliénation, en faveur du cessionnaire, de l'immeuble redevenu pendant un instant de raison tout au moins la propriété du vendeur. C'est là du reste un point de vue que je ne fais qu'indiquer.

J'ai supposé une vente avec faculté de rachat, la question serait la même et les solutions identiques si le vendeur avait une action en rescision basée sur ce fait qu'il aurait vendu l'immeuble moins des cinq douzièmes de sa valeur (article 1674). La seule différence serait que dans ce cas l'acheteur pourrait arrêter l'action en rescision par le paiement du supplément du juste prix sous la déduction du dizième du prix total (article 1681).

L'hypothèque judiciaire frappe tous les biens présents et à venir du débiteur. Elle s'attache par conséquent aux immeubles que possèdent indivisément des héritiers ; seulement grâce à l'effet déclaratif attribué au partage par l'article 883, une fois le partage intervenu, elle ne subsiste au regard de chaque héritier que sur les immeubles tombés dans son lot. Il en est de même pour les associés qui forment une société

civile ou une société commerciale en liquidation. J'ajoute « *en liquidation* » pour la société commerciale, car tant qu'elle fonctionne elle a le caractère d'une personne morale, et il en résulte que l'associé fait une véritable aliénation de l'immeuble qu'il apporte en société. Je dois indiquer même que certains auteurs font survivre la personnalité morale même pendant la liquidation ; je n'ai pas à discuter ici la question, mais je crois que cette solution ne doit pas être admise.

Donc la société commerciale une fois constituée, seuls les jugements rendus contre les associés avant son établissement ou contre la société pendant son fonctionnement peuvent emporter hypothèque sur les immeubles sociaux. Quant aux associés faisant partie d'une société civile, je les assimile à des héritiers même pendant la durée de la société, car je crois avec la doctrine et la jurisprudence générales que les sociétés civiles ne jouissent pas de la personnalité morale.

Du principe de la généralité on conclut encore certainement que dans le cas où le débiteur échange un de ses immeubles, l'hypothèque judiciaire frappe à la fois l'immeuble échangé et l'immeuble acquis en contre-échange. Cependant Grenier (1) reproduisant l'opinion isolée de Soulatges (2) dans l'ancien droit, a prétendu que l'hypothèque grève seulement l'immeuble acquis en contre-échange en vertu de la maxime

(1) Grenier. Traité des hypothèques, n° 206, page 432.
(2) Soulatges. De l'hypothèque, page 101.

« *subrogatum capit naturam subrogati* » ; il y a, dit-il, subrogation réelle des immeubles échangés.

Déjà dans l'ancien droit Denizart (1), Domat (2) et Pothier étaient d'un avis contraire et la cour de cassation a consacré leur théorie (3). L'idée de subrogation, en effet, est absolument étrangère à notre espèce, et c'est par l'application du principe de la généralité qu'il faut la résoudre. L'hypothèque judiciaire porte sur tous les biens présents et à venir du débiteur, donc tous les biens qui entrent dans son patrimoine en sont immédiatement grevés. Peu importe l'aliénation que peut en faire plus tard le débiteur ; en vertu du droit de suite l'hypothèque subsiste sur les immeubles aliénés, or ici l'immeuble échangé et l'immeuble acquis en contre-échange ayant fait tous les deux partie du patrimoine du débiteur, sont devenus irrévocablement le gage du créancier. Il n'y a pas de raison d'admettre en notre matière la subrogation qui n'existe certainement pas en ce qui concerne les hypothèques spéciales ; du reste l'application de la théorie de Grenier donnerait lieu aux plus grandes difficultés pratiques, car les immeubles échangés n'ayant jamais exactement la même valeur, il faudrait procéder à des évaluations, à des expertises longues et coûteuses pour rechercher dans quelle mesure il y aurait subrogation. La solution que j'adopte et qui

(1) Denizart, v° échange, n° 7,
(2) Domat, section 1, titre 2, livre 3, n° 12 à la note.
(3) Cass. 9 novembre 1815. (Denevers, 1815, page 592.)

me paraît d'ailleurs s'imposer, évite tous ces inconvénients.

J'arrive maintenant à quelques applications du principe qui sont plus délicates, parce qu'elles se rattachent à la théorie générale des successions et à celle du contrat de mariage. Je dois pour terminer ce chapitre examiner quatre questions fort importantes.

Première question. — Lorqu'un jugement est rendu contre une personne qui vient plus tard à décéder, l'hypothèque doit-elle s'étendre sur les biens de son héritier pur et simple ? Deux opinions sont en présence.

Premier système. — L'hypothèque ne grève pas les biens personnels de l'héritier pur et simple.

Cette théorie qui est, il faut le reconnaître, celle de la majorité des auteurs (1), trouve principalement sa base dans un argument historique. Telle était en effet la solution du droit romain : « *Paulus respondit : generalem* « *quidem conventionem sufficere ad obligationem pi-* « *gnorum, sed ea quæ ex bonis defuncti non fuerunt,* « *sed posteà ab hærede ejus ex aliâ causâ adquisata* « *sunt, vindicari non posse a creditore testatoris* » (2). L'ancien droit n'était pas moins formel, les articles 441 de la coutume d'Orléans, 162 de la coutume de Paris, et presque toutes les coutumes en général con-

(1) Valette. Mélanges, tome I, page 397. — De Vareilles-Sommières, page 171.

(2) Loi 29, D, XX, 1, de pignoribus et hypothecis.

sacraient la maxime « *toutes exécutions cessent par « la mort de l'obligé* ». Ricard (1) et Loysel (2) sont du même avis : « *générale hypothèque de tous biens « comprend les présents et à venir et non ceux des « hoirs.* » Et, développant sa pensée, Loysel ajoute : « *ainsi le créancier du défunt n'a hypothèque sur les « biens des hoirs que du jour qu'il a obtenu sentence « contre eux ou qu'ils lui ont passé titre nouvel.* » Pothier (3) s'exprime à peu près de même : « *le « créancier qui a acquis l'hypothèque sur les biens de « son débiteur soit par un acte devant notaires, soit « par jugement, soit par la loi seule, ne peut l'acquérir « sur les biens des héritiers de son débiteur que du « jour qu'ils auront reconnu la dette par devant no- « taires ou qu'ils y auront été condamnés ; le débiteur « en hypothéquant ses biens n'ayant pas pu hypothé- « quer ceux de ses héritiers qui ne lui appartiennent « pas.* » Le Code civil, dit-on, s'il eût modifié ces traditions constantes, aurait certainement contenu sur ce point une disposition spéciale.

De plus cette solution est l'application logique des principes ; en effet l'hypothèque judiciaire, comme les hypothèques légales auxquelles il faut l'assimiler ici, porte sur tous les biens présents et à venir du débiteur, mais l'héritier tout en succédant aux droits et obligations de son auteur ne confond pas sa personne avec celle du *de cujus* ; on ne peut pas dire par exem-

(1) Ricard. Donations, partie II, n° 31.
(2) Institutes coutumières, livre III, titre 7, règle 21.
(3) Pothier. Introduction au titre 20 de la coutume d'Orléans, n° 20.

ple qu'après la mort du mari ou du tuteur les héritiers continuent la personne du mari ou du tuteur, aussi leurs biens qui n'ont jamais appartenu au débiteur ne peuvent être grevés de l'hypothèque judiciaire ou légale L'héritier est tenu des dettes du défunt, mais il n'en est tenu qu'en qualité d'héritier, sa personnalité propre ne disparaît pas.

Enfin on ajoute que la solution contraire aboutirait à une impossibilité pratique ou à une violation certaine de la loi. L'article 2148 n° 5 dispose que pour l'hypothèque judiciaire une seule inscription atteint tous les immeubles situés dans l'arrondissement. Or supposons un *de cujus* contre lequel existe un jugement emportant hypothèque judiciaire ; en vertu de cette hypothèque, une inscription prise dans l'arrondissement A grève tous les biens immeubles situés dans l'arrondissement. Puis le *de cujus* meurt et son héritier possède aussi des immeubles dans le même arrondissement A. Si l'on exige une nouvelle inscription pour que ses immeubles soient frappés de l'hypothèque, on viole l'article 2148 n° 5. Si l'on n'exige pas de nouvelle inscription, les personnes qui voudront connaître l'état hypothécaire d'un immeuble devront rechercher non seulement s'il n'est pas grevé d'une hypothèque légale, judiciaire ou conventionnelle du chef de son propriétaire, mais encore si le propriétaire n'a pas recueilli et accepté purement et simplement des successions rendant possibles sur ses immeubles propres des hypothèques judiciaires provenant du chef du *de cujus* auquel il aurait succédé. C'est là

une recherche fort difficile, sinon tout à fait impraticable.

Telle est la première théorie qui a pour elle la majorité des auteurs, du moins en tant que l'on admet sur ce point l'assimilation entre l'hypothèque judiciaire et les hypothèques légales, car on discute presque toujours la question en traitant des hypothèques légales.

Deuxième système. — Je crois au contraire avec Delvincourt (1) que l'hypothèque judiciaire doit grever les biens de l'héritier pur et simple du débiteur.

Cette solution me paraît commandée d'abord par le principe consacré dans l'article 724 que l'héritier est le continuateur de la personne du *de cujus*. Sans doute l'héritier ne perd pas son individualité propre pour la confondre avec celle du *de cujus*, et c'est là ce qui me permet de m'associer aux conclusions de l'opinion précédente en ce qui concerne les hypothèques légales, l'héritier, je le reconnais, succède à son auteur sans prendre les qualités qui lui étaient personnelles, comme celle de mari ou de tuteur. Mais l'héritier continue le *de cujus* ; par suite de la confusion des patrimoines il devient débiteur à son tour, il succède aux obligations de son auteur, et les garanties de ces obligations qui n'en sont que des accessoires doivent s'exercer contre l'héritier avec le caractère de généralité qu'elles avaient contre le *de cujus*.

A l'argument historique il est facile de répondre.

(1) Delvincourt : Tome II, note 1 de la page 54.

En droit romain il n'y avait pas d'hypothèque judiciaire, les hypothèques générales étaient ou conventionnelles ou légales. D'ailleurs on peut noter que la solution ne fut pas toujours celle de la loi 29 pr. (D, XX, 1). En effet les pupilles eurent d'abord un privilège qui ne se transforma que plus tard en hypothèque légale et même en hypothèque privilégiée. Or ce privilège originaire pouvait s'exercer même contre les héritiers du débiteur « *si quis, cum tutor non esset,* « *pro tutore negotia gesserit, privilegio locum esse* « *manifestum ; nec interest ipse debeat qui gessit, sive* « *hæres ejus cæterique successores* » (1).

Quant à l'ancien droit les citations d'auteurs que produit le premier système démontrent elles-mêmes qu'en ce qui concerne l'hypothèque judiciaire, l'exception faite au principe général de la continuation de la personne du *de cujus* par l'héritier et de la confusion des patrimoines résultait de la règle « *toutes exécutions cessent par la mort de l'obligé* ». Puisque les jugements rendus contre son auteur ne pouvaient s'exécuter contre l'héritier, il était logique que ses biens ne fussent pas grevés de l'hypothèque judiciaire dérivant du jugement. Mais l'article 877 du Code civil est venu modifier les dispositions de l'ancien droit, en déclarant que les titres exécutoires contre le défunt le seront également contre l'héritier huit jours après leur signification. Puisque maintenant l'héritier est tenu sur ses

(1) Loi 19 § 1, *de rebus auctoritate judicis*, XLII, 5.

biens personnels même des obligations du défunt qui proviennent d'une condamnation, l'hypothèque judiciaire, garantie accessoire de ces obligations, doit aussi grever les biens personnels de l'héritier. L'article 877 me semble bien être le texte formel que le premier système exige pour déroger aux anciennes traditions. On objecte que ce texte ne parle pas d'hypothèque judiciaire, et que s'il donne au jugement la force exécutoire contre l'héritier, il ne lui attribue pas la force hypothécaire qu'il faut soigneusement en distinguer. Cette distinction je l'ai faite souvent moi-même, mais ce n'est pas ici le lieu de l'appliquer. Il est bien certain qu'un jugement rendu contre le *de cujus* auquel ne serait pas attachée l'hypothèque judiciaire, ne pourrait la produire contre l'héritier ; mais si cette hypothèque existait contre le défunt, elle doit aussi grever les biens personnels de l'héritier car l'article 877 fait passer la dette sur la tête de l'héritier avec tous les accessoires et tous les caractères qu'elle possédait lorsqu'elle reposait sur la tête du *de cujus*.

La première théorie exagère aussi singulièrement les difficultés que cette solution peut causer aux tiers désireux de s'assurer de l'état d'un immeuble. Ces tiers n'auront pas, comme on le prétend, à faire la recherche de toutes les successions que le propriétaire de l'immeuble peut avoir recueillies. Si le débiteur possédait dans l'arrondissement des immeubles et qu'il ait été pris inscription, les tiers n'auront qu'à rechercher en suivant la filiation de propriété, ce qui est facile, si certains immeubles appartenant à leur dé-

biteur, c'est-à-dire à l'héritier, ne lui proviennent pas de la succession d'une personne au nom de laquelle inscription générale aurait été prise dans l'arrondissement ; c'est là plus souvent un fait notoire. Si au contraire aucune inscription n'avait été prise contre le défunt, celles qu'on prendra après son décès porteront presque toujours le nom de l'héritier, ce qui rendra la vérification encore plus aisée.

Lorsqu'un jugement a été rendu contre un héritier pur et simple, il est certain qu'il produit l'hypothèque judiciaire à la fois sur les biens de la succession et sur ses biens personnels. Telle est du moins la théorie qui était enseignée dans l'ancien droit par Bourjon (1) et Ferrières (2) et qui paraît être commandée par les principes. Cependant un arrêt de cassation du 19 février 1818 (3), dont Grenier (4) a fait sienne la solution, décide qu'un créancier chirographaire du défunt ne peut pas, par un jugement rendu contre l'héritier, obtenir une hypothèque judiciaire sur les biens de la succession au préjudice des autres créanciers chirographaires du défunt. Cette opinion est restée isolée et la cour de cassation elle-même, dans une espèce quelque peu différente, est

(1) Bourjon. Tome II, page 539, n° 41.

(2) Ferrières. Diction. de prat., v° hypothèque.

(3) Sirey, 1815-1818, I. 431. Voici à peu près le seul motif de cet arrêt : « *Attendu que c'est une maxime de tous les temps et de* « *tous les pays que la mort fixe le sort des créanciers et l'état des* « *biens d'une personne défunte.* »

(4) Grenier. Hypo, n° 128.

revenue sur son premier arrêt (1). En effet, par l'acceptation pure et simple l'héritier a confondu son patrimoine et celui de son auteur, il n'y a plus de créanciers du défunt, mais des créanciers personnels de l'héritier ; aussi les jugements obtenus par un créancier personnel de l'héritier doivent produire leurs effets sur l'universalité du patrimoine dont les éléments ne peuvent plus être distingués.

La théorie de Grenier est donc fausse si on lui laisse sa formule générale, mais dans un cas particulier elle est cependant exacte. Les créanciers d'une succession peuvent, on le sait, demander la séparation des patrimoines aux termes de l'article 878. S'ils usent de cette faculté, ils paralysent, en ce qui les concerne, l'hypothèque judiciaire résultant pour leur co-créancier d'un jugement obtenu par lui contre l'hértier. Il ne faut pas se laisser arrêter par cette observation que la séparation des patrimoines n'a d'effet que contre les créanciers personnels de l'héritier et que le créancier dont il s'agit ici n'est pas un créancier personnel de l'héritier, mais un créancier de la succession. On peut répondre en effet que ce créancier en agissant contre l'héritier l'a accepté pour débiteur et par suite a nové la créance qu'il avait contre le défunt (article 879) ; il est devenu ainsi créancier personnel de l'héritier et ne peut plus demander la séparation des patrimoines.

Deuxième question. — L'hypothèque judiciaire

(1) Cass. 9 décembre 1823 (Sir. 1822-1824, 1, 350).

frappe-t-elle les biens dotaux inaliénables d'une femme mariée sous le régime dotal, ou en d'autres termes les jugements rendus contre une femme mariée sous le régime dotal sont-ils exécutoires sur les biens dotaux ? En effet si on ne déclare pas ces jugements exécutoires sur les biens dotaux, il est certain que l'hypothèque, simple garantie d'exécution, ne pourrait avoir aucune utilité et ne saurait les atteindre.

La difficulté réside ici dans la nécessité de concilier deux principes opposés. D'un côté la règle de l'inaliénabilité du fonds dotal est contraire à l'exécution sur les biens dotaux inaliénables des jugements rendus contre la femme ; d'autre part il y a des créanciers auxquels on ne saurait opposer l'inaliénabilité sans commettre une véritable injustice.

Grenier (1) adopte un système de conciliation fort simple entre ces deux idées. Dans tous les cas il fait céder le principe de l'inaliénabilité. S'il est vrai, dit-il, que la femme ne peut aliéner ou hypothéquer volontairement ses biens dotaux, le jugement rendu contre elle entraine cependant hypothèque judiciaire sur ces biens car « *lorsqu'elle subit une condam-* « *nation judiciaire, c'est la justice qui frappe ses* « *biens d'hypothèque, parce que comme débitrice elle* « *rentre dans la classe de tous les autres débiteurs.* » Cette théorie est inadmissible car elle arrive à sup-

(1) Grenier. Hypothèques, n° 205.

primer complètement le principe de l'inaliénabilité. La femme pourrait ainsi très facilement aliéner ses biens dotaux. Elle n'aurait qu'à contracter une obligation ordinaire, puis à refuser de l'exécuter ; son créancier obtiendrait contre elle un jugement qui dans tous les cas viendrait paralyser la disposition de l'article 1554. La loi ne peut avoir consacré une pareille contradiction.

Aussi on fait généralement une distinction très exacte dans son point de départ, mais sur la portée de laquelle les auteurs sont loin d'être d'accord. On distingue suivant que le jugement rendu contre la femme pendant le mariage sanctionne des obligations contractées par elles postérieurement ou antérieurement à la célébration du mariage.

A. — L'obligation sanctionnée par le jugement a été contractée postérieurement au mariage.

Dans ce cas tout le monde admet que le principe de l'inaliénabilité doit l'emporter, et que le jugement ne peut produire l'hypothèque judiciaire sur les biens dotaux. La solution contraire, celle de Grenier, détruirait complètement la règle de l'inaliénabilité.

Il en est de même après la séparation de biens qui ne fait pas cesser l'inaliénabilité (article 1561).

En est-il encore de même après la dissolution du mariage, ou bien les créanciers pourront-il à ce moment inscrire l'hypothèque judiciaire sur les biens dotaux en vertu d'un jugement rendu contre la femme soit avant, soit après la dissolution, relativement à une

dette postérieure au mariage ? Cette difficulté n'est qu'une des faces de la question beaucoup plus générale de savoir si l'inaliénabilité du fonds dotal constitue une indisponibilité réelle des biens pendant le mariage, ou une incapacité spéciale imposée à la femme. Si on adopte la première idée, l'hypothèque judiciaire devra frapper les biens après la dissolution du mariage puisqu'à ce moment l'indisponibilité aura cessé. Ce n'est pas ici le lieu de discuter à fond cette question. Pour moi, je crois que l'inaliénabilité offre à la fois le caractère d'une indisponibilité des biens et d'une incapacité de la femme qu'il faut combiner ensemble et tempérer l'une par l'autre. La femme est incapable de contracter, car l'article 1391 dans son troisième alinéa ajouté par la loi du 10 juillet 1850 fait allusion à une véritable incapacité, mais cette incapacité n'existe que dans la mesure où l'on voudrait exécuter sur les biens dotaux les obligations contractées. Il y a aussi indisponibilité puisque les biens dotaux inaliénables sont imprescriptibles (article 1561) ; mais l'indisponibilité est limitée par l'incapacité de la femme et n'est pas absolue, puisque le régime dotal disparu, les biens deviennent aliénables. Aussi j'en conclus que l'inaliénabilité étant, dans une certaine mesure tout au moins, le résultat et la conséquence d'une incapacité de la femme, l'hypothèque judiciaire ne peut grever les immeubles dotaux même après la dissolution du mariage lorsqu'elle résulte d'un jugement qui consacre une obligation contractée pendant le mariage.

A ce principe il faut apporter une exception très

importante. S'il est juste qu'on ne permette pas à la femme de violer la règle de l'inaliénabilité, il serait contraire à l'ordre public et à la morale d'exagérer son incapacité au point de ne pas la rendre responsable sur ses biens dotaux de ses délits ou quasi-délits. Aussi on applique à la femme le principe contenu dans l'article 1310 relativement au mineur, et on décide que le paiement des dettes résultant pour elle de ses délits ou quasi-délits, même postérieurement à la célébration du mariage, pourra être poursuivi par les créanciers sur les biens dotaux. La conséquence immédiate est que l'hypothèque judiciaire provenant des jugements relatifs à ces dettes affectera les immeubles dotaux, sans pouvoir cependant porter atteinte à l'usufruit du mari.

B.— L'obligation sanctionnée par le jugement a été contractée antérieurement au mariage et a date certaine.

C'est dans ce cas surtout que les controverses reparaissent. Souvent cependant on décide que d'une façon générale les créanciers auront l'hypothèque judiciaire sur les immeubles dotaux en vertu de jugements rendus pendant le mariage, mais relatifs à des dettes antérieures (1). On applique ainsi le principe que tous les biens d'un débiteur sont le gage de ses créanciers (article 2092), et que le contrat de mariage

(1) Valette. Mélanges, tome I, page 396. — Persil. Questions hypothécaires, de l'hypothèque judiciaire, § V. — Régime hypothécaire, art. 2123, n° 31. — Troplong. Tome II, n° 436 *bis*.

fait par la femme ne peut porter atteinte à ce droit de gage général. Il est vrai que l'hypothèque judiciaire constitue une véritable aliénation pendant le mariage de l'immeuble dotal, et que l'article 1558 n'autorise cette aliénation dans le but de payer les dettes antérieures que s'il est intervenu une permission de justice, mais il faut considérer que cette permission résulte implicitement du jugement qui prononce la condamnation. Troplong fait remarquer que la femme, par le quasi-contrat judiciaire qui intervient au moment où le tribunal est saisi, s'oblige envers les créanciers à payer et à laisser hypothéquer judiciairement ses biens si elle est condamnée; le jugement, en prononçant la condamnation, autorise et sanctionne cette obligation. Si l'on suppose que la femme s'est constituée en dot ses biens présents et à venir, l'hypothèque portera aussi sur les immeubles qui pourront lui advenir pendant le mariage. Sans doute ces biens entrent dans son patrimoine comme immeubles dotaux, c'est-à-dire inaliénables, mais le droit de gage général des créanciers, étant antérieur au mariage et par là même antérieur aussi à la stipulation de dotalité, leur donne sur tous les biens de leur débitrice un droit acquis qu'ils pourront exercer sur les immeubles sans avoir égard aux conventions matrimoniales.

A côté de cette théorie Marcadé (1) en enseigne une autre dont le principe est diamétralement opposé.

(1) Marcadé, tome VI, sur l'article 1558, n° 3.

Son point de départ consiste dans cette idée que la constitution de dot est une aliénation opposable aux créanciers purement chirographaires, et dont ceux-ci ne peuvent se plaindre si elle n'a pas été faite en fraude de leurs droits.

Je crois que ni l'opinion générale ni celle de Marcadé ne sont complètement exactes, et que la vérité réside dans une opinion intermédiaire qui emprunte à chacune des deux autres une partie de leurs éléments. Je distinguerai suivant que la dot a été constituée par la femme elle-même ou par un tiers.

a. — La dot a été constituée par la femme elle-même.

D'après Marcadé et M. de Vareilles-Sommières (1), l'hypothèque judiciaire ne peut pas en principe grever les immeubles dotaux. En effet, sous le régime dotal, le patrimoine de la femme se compose de deux fractions distinctes. Il y a d'un côté les biens paraphernaux qui restent libres et continuent à former le gage commun des créanciers ; il y a d'autre part les biens dotaux inaliénables qui sont soustraits au droit de disposition de la femme, et se trouvent sous ce rapport dans la même situation que s'il s'agissait des biens d'un tiers. « *De même*, dit Marcadé, *que* « *les créanciers ne peuvent se payer sur l'immeuble* « *vendu par leur débiteur..... de même ils ne pour-* « *ront se payer sur l'immeuble individuellement* « *constitué en dot..... il n'importe pas ici de savoir*

(1) De Vareilles-Sommières, loc. cit., page 160.

« *où est allé l'immeuble de la femme ; ce qui décide* « *la question, c'est ce fait que l'immeuble est sorti du* « *patrimoine libre et saisissable de la femme.* »

Toutefois, à cette règle Marcadé lui-même apporte trois exceptions ; 1° Si la femme s'est constituée en dot l'universalité de ses biens, en vertu du principe « *non sunt bona nisi deducto ære alieno.* » Un ensemble de biens n'existe que déduction faite des dettes qui le grèvent. 2° Si la constitution de dot a été faite en fraude des droits des créanciers. Ceux-ci, par l'action paulienne, pourront la faire révoquer, mais seulement en tant qu'il s'agit de la nue-propriété ; ils ne peuvent toucher à l'usufruit du mari que si celui-ci s'est rendu complice de la fraude commise par la femme. 3° Si l'immeuble qu'il s'agit de saisir était grevé d'une hypothèque au profit du créancier.

Je ne crois pas que l'on puisse adopter sur ce point la théorie de Marcadé que j'ai reproduite avec les termes mêmes dans lesquels cet auteur l'a formulée. Marcadé part d'un point de vue inexact. Il considère la constitution de dot comme une véritable aliénation faite par la femme. Or il n'en est point ainsi. La femme aliène simplement l'administration de ses biens entre les mains du mari, mais elle en garde la propriété, et à la dissolution du mariage ils devront lui être restitués. Il suit de là que, quelle que soit l'étendue de la constitution de dot, les créanciers de la femme antérieurs au mariage conserveront sur ses biens leur droit de gage général, et ne pourront se

voir opposer l'inaliénabilité. Pour être logique avec lui-même, Marcadé aurait dû déclarer qu'il entendait appliquer l'ancienne règle d'après laquelle le mari était propriétaire de la dot ; il n'a pas osé aller jusque là et il a eu raison, car ce principe n'est plus compatible avec le caractère du régime dotal tel que notre législation le comprend. Mais en s'arrêtant ainsi à mi-chemin, Marcadé ne s'est pas aperçu qu'il tombait dans une contradiction manifeste qu'on ne me paraît pas avoir relevée jusqu'ici. Si la constitution de dot est une aliénation, c'est évidemment une aliénation faite en faveur du mari, à moins que l'on considère, ainsi que le voudrait M. de Vareilles-Sommières, l'ensemble des biens dotaux comme formant un patrimoine distinct, une sorte de personne morale. Or pourquoi lorsque les créanciers voudraient faire tomber cette constitution au moyen de l'action paulienne, distinguer la nue-propriété et l'usufruit ; pourquoi exiger la complicité du mari en ce qui concerne la révocation de l'aliénation de l'usufruit, et ne pas soumettre à la même condition la révocation de l'aliénation de la nue-propriété ? Je conclus donc que la constitution de dot faite par la femme n'a pas le caractère d'une aliénation, et que les biens dotaux continuent à former le gage commun des créanciers antérieurs au mariage.

Toutefois je suis d'accord sur un point avec Marcadé et avec la doctrine et la jurisprudence générales du reste. Je crois que la constitution de dot renferme une aliénation à titre onéreux de l'usufruit au profit

du mari. Le mari n'est plus *dominus dotis,* mais il devient propriétaire des fruits à la charge de les employer aux besoins du ménage. Aussi les créanciers ne pourront toucher à ce droit de propriété que s'il s'est rendu complice de la faute commise par sa femme ; l'hypothèque judiciaire ne portera dès lors atteinte à l'usufruit du mari que lorsque les créanciers auront fait triompher l'action paulienne dirigée contre lui et sa femme.

b. — La dot a été constituée par un tiers.

Dans cette hypothèse qui est certainement la plus fréquente, on retrouve encore en présence la théorie générale et celle de Marcadé ; ici c'est cette dernière que j'adopterai sans hésitation.

Il y a aliénation du bien dotal par le tiers au profit de la femme, mais le bien n'entre pas un seul instant dans le patrimoine libre de la femme ; au moment même du transfert de propriété l'immeuble devient dotal et par suite inaliénable. La femme n'a jamais eu sur lui un pouvoir de disposition quelconque, et jamais il n'a été soumis au droit de gage général des créanciers. Il est certain d'ailleurs que cette manière de voir est conforme à l'intention du tiers dont la donation est subordonnée à la condition que l'immeuble sera dotal et inaliénable ; cette intention est tellement manifeste que la loi la présume et déclare dans l'article 1088 que la donation faite en faveur de mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas ; de même l'article 1396 dispose que les changements au contrat de mariage

ne pourront se faire sans le consentement de toutes les personnes qui y auront été parties.

On objecte qu'au moment où commence l'instance devant le tribunal, la femme, par une sorte de quasi-contrat judiciaire, s'engage à payer les créanciers si elle succombe, et que le jugement qui la condamne contient implicitement la permission exigée par l'article 1558. L'idée du quasi-contrat judiciaire est exacte en elle-même, et j'en ai fait moi-même une application dans le cas où la dot a été constituée par la femme puisque j'ai considéré que le jugement lui donnait l'autorisation d'aliéner ou d'hypothéquer exigée par la loi, mais ici elle ne peut trouver sa place. Il ne faut pas oublier que c'est par la femme et non par les créanciers que la permission doit être demandée au tribunal; comment admettre que la femme réclame cette autorisation alors qu'elle résiste à la prétention de ceux qui l'attaquent lorsqu'ils n'ont pas le droit de le faire puisqu'ils veulent saisir des biens qui ne peuvent former leur gage? Le quasi-contrat judiciaire ne peut prendre naissance que si le créancier a le droit d'agir sur ces biens, c'est-à-dire dans le seul cas où la femme s'est constituée elle-même sa dot. En résumé les créanciers de la femme même antérieurs au mariage n'auront jamais d'hypothèque judiciaire sur les biens constitués en dot à leur débitrice par un tiers.

Quant aux créanciers du tiers, l'hypothèque judiciaire sur les biens constitués en dot ne résultera pas non plus pour eux d'un jugement postérieur à la cons-

titution qui est à leur égard une aliénation certaine permise au débiteur.

Toutefois il en serait différemment: 1° Si le tiers avait donné l'universalité de ses biens, en vertu du principe « *non sunt bona nisi deducto ære alieno* » ; 2° Si la constitution faite en fraude de leurs droits était révoquée au moyen de l'action paulienne, et alors la fraude de la femme ne serait pas nécessaire puisque la constitution faite par un tiers est d'après moi un acte à titre gratuit. Marcadé ajoute une troisième exception dans le cas où une clause du contrat de mariage porte que les dettes contractées par le tiers seront acquittées par la femme. Mais cette clause ne me semble pas avoir une pareille portée, elle ne touche pas au droit d'aliénation du débiteur et ne confère pas au créancier un droit réel sur les biens constitués en dot. Son seul but est de permettre aux créanciers de s'adresser soit à la femme soit à leur débiteur originaire entre lesquels elle établit simplement une sorte de solidarité. Les créanciers ne pourront poursuivre la femme que sur ses biens demeurés aliénables, et non sur les immeubles donnés par le tiers qui sont devenus dotaux et par suite inaliénables.

Troisième question. — Le jugement rendu contre le mari sous le régime de la communauté emporte-t-il hypothèque judiciaire sur les acquêts de communauté qui, par suite du partage, tombent dans le lot de la femme ?

Cette question très discutée met en jeu une

grande partie des principes de la communauté, elle se rapporte surtout à l'étude du contrat de mariage, aussi je n'ai pas l'intention de l'examiner complètement ici ; je veux en indiquer seulement les éléments essentiels. Cette espèce n'est du reste pas nouvelle ; elle avait déjà donné lieu dans l'ancien droit à de nombreuses discussions entre les meilleurs auteurs. Mais il faut remarquer qu'alors elle n'était pas spéciale à l'hypothèque judiciaire, on l'examinait surtout en traitant de l'hypothèque conventionnelle qui dérivait à cette époque, on le sait, de tous les actes authentiques et portait comme l'hypothèque judiciaire sur tous les biens présents et à venir.

Pour résoudre plus facilement la question il importe de distinguer deux hypothèses.

A. — La condamnation prononcée contre le mari est postérieure au mariage.

On est généralement d'accord pour reconnaître que l'hypothèque portera sur les conquêts et continuera de les grever même lorsqu'ils auront passé entre les mains de la femme. Telle était déjà la théorie de l'ancien droit ; on peut citer dans ce sens Pothier, Duplessis, Lebrun et Bourjon. Pothier s'exprime ainsi : « *Une femme qui a accepté la communauté, étant cen-* « *sée avoir fait en sa qualité de commune tout ce que* « *son mari a fait durant la communauté en sa qualité* « *de chef de la communauté, le mari ayant, durant la* « *communauté, en sa qualité de chef de la commu-* « *nauté, hypothéqué à ses créanciers tous les conquêts*

« *de la communauté, sa femme est censée en sa qua-*
« *lité de commune les avoir elle-même hypothéqués*
« *pour la part qu'elle y aurait par le partage de la*
« *communauté.* » (1).

Duplessis (2) est du même avis, et ses annotateurs Berroyer et de Laurière ont développé très exactement sa doctrine dans une note remarquable.

L'argument capital de ces anciens auteurs, reproduit du reste de nos jours, repose sur l'idée d'un mandat tacite donné par la femme au mari par le fait du mariage et de l'adoption du régime de communauté. Cette conception ne manque pas d'une certaine part de vérité; mais on peut ajouter en outre que la femme reste tenue hypothécairement sur les conquêts tombés dans son lot, parce que la loi donne au mari le pouvoir d'aliéner et d'hypothéquer les biens de la communauté en vertu des droits très larges d'administration et de disposition que l'article 1421 lui confère. Or par son acceptation la femme ratifie tout ce qu'a fait le mari, et en admettant même que celui-ci ne fût pas son mandant mais seulement son gérant d'affaires, cette ratification vient confirmer les actes du mari et leur donner la même force que s'ils avaient été passés par la femme elle-même. Le principe sur lequel se base cette solution ne souffre pas difficulté. Mais MM. Persil (3), Troplong (4) et Pont (5) ont

(1) Pothier. Traité de la communauté, partie V, n° 752.
(2) Duplessis. Traité de la communauté. Paris 1754, livre I, p. 407 à la note.
(3) Persil. Questions hypothécaires, tome I, p. 285.
(4) Troplong. Article 2123, n° 436 *ter*.
(5) Pont. Article 2123, n° 593.

voulu y apporter une restriction. Pour eux, il en est différemment si la dette, au sujet de laquelle la condamnation est intervenue même postérieurement au mariage, a une origine antérieure. Ils en donnent pour motif que le mari après le partage n'est censé avoir eu la propriété que des biens tombés dans son lot, et qu'il ne peut avoir grevé, en vertu d'une dette antérieure au mariage sanctionnée par un jugement même postérieur, les immeubles de la communauté échus à la femme et qui sont censés avoir toujours été sa propriété. Ils prétendent en outre que Pothier faisait cette distinction.

Il est facile de se convaincre que cette opinion provient d'une confusion. Pothier ne distingue pas si les dettes qui forment la base des condamnations ont une existence antérieure ou postérieure au mariage ; il distingue simplement, comme je l'ai fait, suivant que la condamnation est intervenue postérieurement ou antérieurement au mariage. Si en effet le commencement du n° 753 de Pothier paraît se prêter dans une certaine mesure à cette interprétation, on peut se rendre compte par la suite que Pothier a eu en vue non la date de la créance, mais celle de l'hypothèque et par conséquent, en ce qui concerne l'hypothèque judiciaire, la date de la condamnation : « *Il n'en est pas* « *de même des créanciers envers qui le mari s'est obligé* « *avant le mariage ; quoiqu'il se soit obligé envers eux* « *sous l'hypothèque de tous biens présents et à venir,* « *lesdits créanciers n'ont aucun droit d'hypothèque* « *sur les conquêts échus à la femme par le partage.*

« *Le mari n'a pu leur hypothéquer la part de la* « *femme, n'y ayant que la qualité de chef de la com-* « *munauté, qu'il n'avait pas encore, qui eût pu lui* « *donner le droit de la leur hypothéquer.* »

Il résulte clairement de ce passage qu'au moment où l'hypothèque est née, le mari n'avait pas encore la qualité de chef de la communauté, c'est-à-dire que la condamnation est antérieure au mariage. En outre, à l'argument tiré de l'effet déclaratif du partage, on peut répondre que le mari avait trouvé dans les pouvoirs à lui conférés le droit d'hypothéquer pendant le mariage les immeubles communs, et que l'acceptation de la femme a ratifié les actes d'administration et de disposition du mari auxquels elle est réputée s'être associée. D'ailleurs il est indiscutable que la femme aura droit à une récompense si elle s'est vue contrainte de payer une dette que le mari doit seul définitivement supporter parce qu'elle lui est personnelle.

B. — La condamnation est antérieure au mariage.

Alors Pothier, je viens de le démontrer, décide que l'hypothèque judiciaire ne frappe pas les conquêts tombés dans le lot de la femme. Duplessis est du même avis et ses annotateurs développent en termes très explicites son opinion (1).

Lebrun (2) et Bourjon (3) admettent la théorie

(1) Duplessis. Loc. citato, à la note. Cette note tout entière serait à citer, elle contient une dissertation très complète et très savante sur cette question.

(2) Lebrun. De la communauté, liv. II, chap. 3, section 3, page 284.

(3) Bourjon. Droit commun de la France. 3e partie, page 463, n° 9.

contraire. Pour Bourjon, s'il n'y a pas dans le contrat de mariage une clause portant au profit de la femme la décharge des dettes, la femme accepte sa part des dettes du mari même antérieures au mariage, qui sont des dettes de communauté comme les autres, car le mari a eu qualité pour grever de ces dettes les conquêts de la communauté. L'article 190 de la Coutume d'Orléans s'inspirait de la même idée et consacrait la même solution. De nos jours elle a été reproduite par quelques auteurs parmi lesquels il faut citer MM. Grenier (1), Valette (2) et Pont (3). Troplong a varié ; dans son commentaire des privilèges et hypothèques il se range à l'opinion de Pothier ; dans celui du contrat de mariage (4) qui est plus récent, il décide que l'hypothèque résultant d'un jugement même antérieur au mariage frappe les conquêts de la femme si la dette, objet de la condamnation, est entrée dans la communauté, car, dit-il, elle y est entrée avec tous ses accessoires et par conséquent avec l'hypothèque qui la garantissait.

En outre, pour M. Valette cette solution est commandée par le caractère que revêt le droit du mari, sans même qu'il y ait à distinguer si la dette est tombée ou non en communauté. M. Valette estime que le mari est, vis-à-vis des tiers, propriétaire des conquêts de communauté « *il est maître de les aliéner en*

(1) Grenier, n° 205,
(2) Valette. Mélanges, tome I, page 397.
(3) Pont. Loc. cit.
(4) Troplong. Contrat de mariage, n° 1676.

« *paiement de ses dettes personnelles ou de les enga-*
« *ger conventionnellement pour sûreté de ces mêmes*
« *dettes. Or ce qu'il a le droit de faire, ses créanciers*
« *peuvent le faire de son chef, en saisissant les im-*
« *meubles communs ou en les grevant d'hypothèques*
« *judiciaires.* » Le mari est devenu depuis le mariage propriétaire des conquêts de communauté pendant un temps, cela suffit pour qu'il ait pu en disposer, et que l'hypothèque judiciaire qui les a frappés à ce moment doive subsister alors même qu'ils ont passé dans les mains de la femme. L'hypothèque judiciaire grève les biens à venir ; or les conquêts de la communauté sont des biens à venir, et par là même qu'ils sont entrés dans le patrimoine du mari ils ont été grevés de l'hypothèque, sans qu'il y ait lieu de distinguer si l'hypothèque a pris naissance avant ou après le mariage.

Ces arguments bien que très sérieux avaient déjà été refutés victorieusement, je crois, par Pothier et les annotateurs de Duplessis dans l'ancien droit, et sous le Code civil de nombreux auteurs (1) ont préféré s'en tenir à l'opinion de Pothier. Il faut partir de ce principe incontestable d'après moi, bien qu'il soit contredit par M. Valette, que le mari n'est pas propriétaire des acquêts, et que la maxime de Dumoulin d'après laquelle la femme ne serait pas commune sous le régime de la communauté mais n'aurait que l'espérance de le devenir, ne peut pas s'appliquer sous notre droit. Le mari n'est pas propriétaire des acquêts puisque

(1) Persil. Loc. cit. — Delvincourt. Tome III, p. 65. — Aubry et Rau. Tome III, n° 265, note 29. — Bugnet. Sur Pothier, n° 753.

l'article 1422 lui défend d'en disposer à titre gratuit dans la plupart des cas, et puisque la femme peut arrêter par la séparation de biens l'abus qu'il ferait de ses pouvoirs. S'il peut les aliéner, il n'a pas sur eux un droit de propriété incommutable. L'hypothèque ne saurait avoir plus d'étendue que le droit de propriété de celui contre lequel elle est constituée; or comme le fait remarquer très justement Pothier, le droit du mari est de nature à se restreindre, par la dissolution du mariage et l'acceptation de la communauté par la femme, aux acquêts qui lui échoient en partage. La femme, en vertu de l'article 883, voit rétroagir son droit sur les immeubles tombés dans son lot au jour où l'indivision a commencé, c'est-à-dire au jour du mariage et non pas, comme on l'a prétendu, au jour de la dissolution. Le droit du mari sur ces biens est donc résolu et avec lui doivent s'évanouir les hypothèques qui n'en étaient qu'une conséquence.

S'il en est autrement lorsque la condamnation est postérieure au mariage, c'est que pendant la communauté le mari agissant comme chef de la communauté représente la femme dont l'acceptation ratifie ses actes : « *Il a contracté tant pour lui que pour sa femme, « en sorte qu'ayant constitué une hypothèque sur les « conquêts de communauté, c'est de la même manière « que si la femme l'avait constituée elle-même à l'é- « gard des conquêts seulement..... Mais à l'égard des « dettes contractées par le mari avant le mariage, il « les contracte de son chef et en son nom seulement, « ce qui fait qu'en accordant l'hypothèque, il ne le fait*

« *que sur ses biens; c'est pourquoi tant qu'il est maître*
« *de la communauté, son créancier d'avant le mariage*
« *a hypothèque sur la totalité des conquêts, mais dès le*
« *moment que sa propriété se restreint à la moitié et*
« *que le droit du mari est résolu pour l'autre moitié,*
« *l'hypothèque qu'il n'a accordée que sur ses biens, se*
« *réserve aussi sur sa moitié.* »

Troplong objecte que lorsque la dette qui a donné lieu à la condamnation est mobilière, elle doit tomber dans la communauté avec tous ses accessoires.

La réponse est facile. L'argument invoqué par Troplong ne prouve rien car il dépasse la portée que veut lui donner son auteur. Si la dette entrait dans la communauté avec l'hypothèque judiciaire qui la garantit, l'hypothèque grèverait tous les biens sur lesquels le créancier peut poursuivre le paiement de ce qui lui est dû. Or la dette étant commune, la femme en est tenue après son acceptation non seulement sur les biens de communauté qui lui échoient, mais encore sur ses biens personnels; il faudrait donc en arriver à cette conclusion évidemment inadmissible que l'hypothèque devrait porter même sur les immeubles demeurés propres à la femme. Il faut dire par conséquent que le créancier n'a qu'une action personnelle contre la femme pour la moitié de la dette, et qu'il ne peut prétendre à une hypothèque que le mari était impuissant à lui constituer sur des immeubles dont il

(1) Duplessis: loc. cit.

est censé n'avoir jamais eu la propriété. Si l'on admet, et j'hésiterais peut-être à le faire, que le jugement rendu contre le mari forme un titre exécutoire contre la femme après la dissolution de la communauté pour la moitié de la dette, je reconnais que ma solution a pour résultat de séparer dans le jugement la force hypothécaire et la force exécutoire. Mais j'ai déjà eu l'occasion de constater que la force exécutoire et la force hypothécaire attachées aux jugements sont dans une certaine mesure indépendantes l'une de l'autre; réunies le plus souvent, elles sont ausssi quelquefois séparées. C'est là un fait dont j'ai donné quelques exemples.

De cette discussion où j'ai simplement indiqué, sans les examiner complètement, les points qui sont surtout relatifs à la théorie du contrat de mariage, je tire les conclusions suivantes qui la résumeront brièvement :

Lorsque la condamnation prononcée contre le mari est postérieure au mariage, l'hypothèque judiciaire qui en découle continue de frapper les conquêts échus à la femme après la dissolution. Si la condamnation est antérieure, l'hypothèque grève tous les conquêts pendant le mariage, mais à sa dissolution elle se restreint aux conquêts tombés dans le lot du mari ; ceux de la femme en sont affranchis, bien que celle-ci reste tenue personnellement pour moitié des dettes, même antérieures au mariage, qui ont formé le passif de la communauté.

Quatrième question. — Cette dernière difficulté,

dont l'examen termine mes explications sur le caractère général de l'hypothèque judiciaire, naît du conflit de deux législations différentes.

On peut supposer qu'une loi étrangère n'attache aux sentences qu'une hypothèque judiciaire spéciale (1); lorsqu'un jugement émanant de cette souveraineté étrangère aura été déclaré exécutoire en France, l'hypothèque qui en résultera sera-t-elle générale ou spéciale ?

Au premier abord, il pourrait sembler que la spécialité de l'hypothèque dût dériver de la théorie que j'ai adoptée sur le rôle du tribunal français et d'après laquelle c'est bien véritablement un jugement étranger et non un jugement français qui est exécutoire en France; on serait peut-être tenté de dire que le jugement étranger doit s'appliquer en France avec les effets qui lui sont attribués par la loi du pays où il a été rendu. Cependant je crois que cette solution serait inexacte, et pour moi l'étendue et le caractère de l'hypothèque seront réglés par le Code civil.

Deux principes me paraissent commander cette décision. D'abord l'hypothèque étant un droit réel sur les immeubles, les lois qui la régissent font partie du statut réel ; il faut donc par conséquent appliquer l'article 3 du Code civil qui dispose que les immeubles situés en France sont régis par la loi française lors même qu'ils appartiendraient à des étrangers. Si le

(1) Nous verrons par exemple qu'aux termes de l'article 1986 du Code civil italien, l'hypothèque judiciaire qui résulte des jugements a été spécialisée dans une certaine mesure.

débiteur est un français, il est certain qu'il ne peut pas se plaindre qu'on applique contre lui la loi française ; si c'est un étranger, la théorie du statut réel nous force à lui enlever le bénéfice de sa loi.

Pour ceux qui n'admettent pas la théorie des statuts, mais adoptent celle que M. Laurent (1), un de ses partisans les plus autorisés, appelle la théorie de l'intérêt général, le résultat ne peut être différent. Dans ce système, lorsqu'il s'agit de réglementer un fait ou un rapport juridique quelconque touchant à l'intérêt général, c'est la loi du pays où le fait doit s'accomplir, où ce rapport juridique doit produire des effets, qui s'appliquera toujours. Il est certain que tout ce qui a trait à l'organisation et à la transmission de la propriété, et à la constitution des droits réels qui sont des démembrements de la propriété, affecte l'intérêt général d'une société. C'est là un point évident, et s'il fallait le prouver, la démonstration ressortirait clairement de ce fait, que presque toutes les législations ont pris grand soin d'entourer les transmissions de la propriété et les constitutions de droits réels de formalités destinées à les révéler aux tiers que leur clandestinité pourrait atteindre gravement dans leurs intérêts.

Enfin, en ce qui concerne particulièrement l'hypothèque judiciaire, on peut ajouter une autre considération qui est pour moi l'argument décisif. L'hypothèque judiciaire a pour but d'assurer l'exécution du

(1) Laurent. Droit civil intern. tome VII, n° 368.

jugement ; c'est là sa raison d'être, et les expressions dont se sert l'article 2123 ne peuvent laisser aucun doute à cet égard puisqu'elle dérive de la déclaration *d'exécution* attachée par le tribunal français à la décision étrangère. De plus, pour qu'un bien puisse être hypothéqué, il faut qu'il soit saisissable, car c'est au moyen d'une expropriation forcée, d'un saisie immobilière que le créancier peut faire vendre l'immeuble affecté à la garantie de sa créance. A ce point de vue encore les principes du régime hypothécaire ont un lien intime avec ceux qui régissent l'exécution forcée. Or il est constant que toutes les questions relatives à la procédure d'exécution forcée des jugements touchent à l'ordre public et doivent se résoudre par la loi du pays où l'exécution aura lieu.

Cette décision n'est pas incompatible avec celle que j'ai donnée plus haut (1), lorsque j'ai refusé l'hypothèque judiciaire au jugement étranger déclaré exécutoire en France qui ne la produit pas d'après la législation sous l'empire de laquelle il a été rendu. La question est toute différente, et dans cette hypothèse précédente j'ai dû logiquement écarter l'hypothèque judiciaire, puisque j'ai admis que c'est le jugement étranger lui-même qui produit des effets en France, et qu'il n'est pas anéanti par la sentence du tribunal français. Je ne pouvais pas lui reconnaître une conséquence que sa loi d'origine lui refusait. Mais lorsque cet effet lui a été accordé par la législation

(1) Voir *suprà*, page 212.

qui l'a inspiré, il faut le réglementer par la loi française, car il s'agit de la constitution d'un droit réel et d'une exécution forcée qui mettent en jeu l'intérêt général et l'ordre public.

CHAPITRE III

AU PROFIT DE QUI ET CONTRE QUI EXISTE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

Le principe est facile à poser. L'hypothèque étant une garantie attachée au jugement lui-même à raison de la nécessité qui s'impose d'assurer son exécution, il est clair qu'elle résultera de toute décision judiciaire réunissant les conditions essentielles à sa naissance. Il faut donc faire en quelque sorte abstraction de la personne des parties, et considérer seulement le caractère et les qualités purement intrinsèques de la sentence rendue.

En ce qui concerne celui qui a triomphé sur l'instance, cette règle ne souffre pas d'exception. Ainsi par exemple l'Etat, les administrations publiques, les établissements d'utilité publique, les mineurs, les interdits, les femmes mariées, alors même qu'ils ont plaidé sans avoir accompli les formalités imposées par la loi, peuvent se prévaloir de l'hypothèque judiciaire. Les vices du jugement sont en effet purement relatifs et ne peuvent être opposés par le condamné si on le suppose capable.

Il en est encore ainsi si l'on envisage la personne du condamné au témoignage même de Pothier qui nous dit : « *Il n'importe contre qui le jugement ait « été rendu..... les jugements rendus contre des tu- « teurs de mineurs, curateurs d'interdits, fabriciens,*

« *administrateurs d'hôpitaux, syndics de commu-*
« *nautés, sont censés rendus contre les pupilles, in-*
« *terdits.... et produisent par conséquent hypothèque*
« *sur les biens de tous ceux pour lesquels ils ont esté*
« *en jugement* (1). »

Mais ici le principe ne se présente pas avec le même caractère de généralité absolue et il faut noter quelques exceptions que je ne ferai qu'indiquer car leur examen détaillé m'entraînerait en dehors de mon sujet.

1° La première exception est relative aux jugements obtenus contre l'Etat. L'hypothèque judiciaire ne peut en résulter. C'est en effet un des principes essentiels du droit administratif que les dettes de l'Etat, même déclarées par jugements, ne peuvent être payées qu'après liquidation et ordonnancement par le ministre compétent, et que l'exécution forcée des jugements n'est pas possible contre l'Etat. L'hypothèque serait donc inutile puisqu'elle ne pourrait aboutir à une saisie immobilière. Elle serait inutile aussi à un autre point de vue, même si on permettait de l'inscrire; sauf dans des circonstances particulièrement critiques comme une guerre ou une révolution, l'Etat est solvable et ses créanciers sont assurés du paiement de leurs créances.

Il en est de même pour les communes. Le jugement qui consacre un droit de créance contre une commune ne peut être exécuté par voie de comman-

(1) Pothier : de l'hypothèque chap. I, article 2, n° 23.

dement, saisie-arrêt, saisie-exécution ou saisie-immobilière. Les communes n'ont pas la libre disposition des fonds qui alimentent leur budget ; il faut que l'administration autorise la commune à faire cette dépense et que le paiement ait lieu conformément aux règles de la comptabilité publique. L'hypothèque ne peut donc trouver ici encore son application. Du reste les droits du créancier sont pleinement sauvegardés. Si le conseil municipal ne veut pas voter les fonds nécessaires, le créancier s'adresse au préfet qui peut inscrire d'office cet article au budget de la commune ; si le préfet refuse, il y a recours possible au ministre, et le pourvoi peut être formé devant le conseil d'Etat contre la décision du ministre. Si les ressources de la commune sont épuisées, le créancier peut demander une imposition extraordinaire ou une vente de biens communaux non affectés à un service ou à un usage public (arrêté du 19 ventôse an X, art. 9 — avis conseil d'Etat 12 août 1807 — loi 18 juillet 1837, art. 39 et 46, — décret du 31 mai 1862 sur la comptabilité publique, art. 501 à 505).

Je ne crois pas qu'il soit possible au créancier, bien que M. de Vareilles-Sommières l'ait prétendu (1), d'inscrire l'hypothèque judiciaire sur les biens de la commune destinés à être vendus, lorsque cette vente volontaire a été autorisée par l'autorité administrative, afin de s'assurer un droit de préférence sur les autres créanciers. L'idée d'hypothèque éveille l'idée de saisis-

(1) De Vareilles-Sommières, page 179.

sabilité ; l'hypothèque judicaire a pour but de garantir l'exécution forcée d'un jugement et ne peut porter que sur des immeubles susceptibles d'une saisie immobilière. Or la vente des biens communaux destinés à assurer le paiement de la dette déclarée par jugement est une vente volontaire, même lorsqu'elle intervient sur la demande du créancier ; elle ne porte donc pas atteinte au principe qui défend l'exécution forcée des jugements contre les communes. Nous avons vu d'ailleurs que les droits du créancier sont pleinement sauvegardés ; il n'a à redouter qu'un retard plus ou moins long.

Les mêmes règles sont applicables aux jugements qui sont rendus contre le département et en général contre tous les établissements publics (décret du 31 mai 1862, art. 555 et suivants).

Mais il ne faut pas confondre avec les établissements publics, les établissements d'utilité publique. Ces derniers ne font pas partie de l'organisation administrative du pays, et ne se rattachent en rien à l'ensemble des institutions publiques d'une nation. A raison de leur utilité une loi ou suivant les cas le gouvernement lui-même leur confère la personnalité civile. Telles sont, par exemple, les sociétés de secours mutuels approuvées, les caisses d'épargne, les communautés religieuses et les associations syndicales autorisées. Cette personnalité civile qui leur est accordée, bien loin de mettre obstacle à l'exercice contre eux de l'hypothèque judiciaire, l'autorise en leur donnant le pouvoir d'acquérir, de posséder, et par là

même le droit de contracter des obligations. Il faut les assimiler aux sociétés commerciales qui sont, on le sait, des personnes morales et dont les immeubles sociaux sont incontestablement grevés par l'hypothèque judiciaire résultant des décisions rendues contre leur gérant.

2° La seconde exception est contenue implicitement dans l'article 2146.

Ce texte décide que les créanciers ne peuvent plus, après la mort de leur débiteur, inscrire une hypothèque sur ses biens si sa succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire ; on a considéré peut-être à tort que l'acceptation bénéficiaire fait présumer l'insolvabilité du débiteur, et qu'il faut maintenir l'égalité entre les créanciers. Aussi, du moment qu'une hypothèque antérieure au décès ne peut plus être inscrite, il est évident qu'une hypothèque ne saurait naître postérieurement et que les jugements rendus contre une succession bénéficiaire ne produiront pas l'hypothèque judiciaire.

Il n'est pas permis d'ailleurs de distinguer, comme certains auteurs ont voulu le faire, si l'acceptation bénéficiaire a été imposée par la loi à raison de l'incapacité des héritiers qui sont par exemple des mineurs ou des interdits (art. 461). L'article 2146 ne fait aucune différence.

Par un argument *à fortiori* certain, il faut étendre cette solution au cas où la succession est répudiée ou se trouve vacante.

En ce qui concerne les héritiers purs et simples, je

me borne à rappeler simplement les décisions que j'ai données au chapitre précédent. J'ai démontré que l'hypothèque judiciaire doit s'étendre sur les biens personnels de l'héritier pur et simple de celui contre lequel le jugement a été rendu, et que réciproquement la décision prononcée contre l'héritier emporte également hypothèque sur les biens qu'il a recueillis dans la succession.

3° Cette dernière exception est empruntée à notre législation commerciale sur la faillite et s'inspire des mêmes motifs que la précédente.

En vertu de l'article 446 du Code de commerce, est nulle toute hypothèque judiciaire constituée, pour dette antérieuremeut contractée, sur les biens du failli depuis le jugement déclaratif de faillite, ou depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui ont précédé cette date.

Or il est certain que la dette est antérieure au jugement qui la consacre et par suite à l'hypothèque judiciaire qui résulte de ce jugement.

Mais il faut avoir soin de restreindre l'exception dans les limites qui lui sont assignées par la loi. C'est seulement au regard de la masse des créanciers que l'hypothèque judiciaire ne peut naître, l'article 446 le démontre lui-même: « *Nuls et sans effet relativement* « *à la masse*..... ». Par conséquent l'hypothèque naît à l'encontre du failli et des créanciers postérieurs à la faillite. Après le règlement de la faillite elle grèvera les immeubles nouveaux que le débiteur pourra ac-

quérir et deviendra opposable même aux créanciers de la faillite.

On peut donc dire assez exactement que l'hypothèque résulte du jugement rendu contre le failli dans les termes de l'article 446, mais que son effet est paralysé vis-à-vis d'une certaine classe de personnes pendant que dure la faillite.

Il ne faut pas assimiler à la faillite la cession de biens et la déconfiture; ces deux institutions incomplètement règlementées d'ailleurs par notre législation n'apportent aucune restriction à la garantie que l'article 2123 attache aux jugements.

TITRE III

Inscription et rang de l'hypothèque judiciaire. — Réduction

J'ai placé sous ce troisième titre l'étude de trois classes de questions qui ne sont pas absolument spéciales à l'hypothèque judiciaire

L'examen de l'inscription, du rang et de la réduction de l'hypothèque judiciaire, à part quelques points particuliers, se rattache à la théorie générale des hypothèques. Aussi je n'ai l'intention que de rappeler ici les principes en insistant davantage sur les difficultés spéciales, d'ailleurs peu nombreuses, qui peuvent se présenter en cette matière. Ce titre se divise naturellement en deux chapitres.

Chapitre I. — Inscription et rang de l'hypothèque judiciaire.

Chapitre II. — Réduction de l'hypothèque judiciaire.

CHAPITRE I

INSCRIPTION ET RANG DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

Nous avons vu que dans l'ancien droit l'hypothèque judiciaire était générale et occulte. Les lois du droit intermédiaire lui appliquèrent le principe de la généralité, et dans une certaine mesure celui de la publicité. Le Code civil lui a restitué son ancien caractère de généralité absolue, mais il a conservé la nécessité des formalités de publicité ; en d'autres termes il ne l'a pas assimilée complètement à certaines hypothèques légales, celles de la femme mariée, du mineur et de l'interdit qui demeurent toujours occultes et générales sauf les modifications et, on peut le dire, les améliorations réalisées par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription (article 8). Telle est la règle édictée par l'article 2134 du Code civil. L'hypothèque judiciaire étant une conséquence du jugement, naît en même temps que lui, mais elle ne devient efficace pour le créancier et opposable aux tiers que par l'inscription qui détermine sa date et son rang.

J'examinerai successivement : les formalités de l'inscription, et l'effet de l'inscription c'est-à-dire le rang de l'hypothèque judiciaire.

SECTION I

FORMALITÉS DE L'INSCRIPTION

L'inscription se fait au bureau de la conservation des hypothèques de l'arrondissement où sont situés les biens du débiteur susceptibles d'hypothèques. Il faut remettre au conservateur une expédition authentique du jugement et deux bordereaux.

Toutefois on admet généralement que le conservateur pourrait inscrire l'hypothèque même avant que le jugement eût été expédié, car l'hypothèque prend naissance au moment de la prononciation du jugement, et l'expédition n'est exigée que dans l'intérêt du conservateur et pour lui donner le moyen de mettre sa responsabilité à couvert ; il est le seul juge du point de savoir s'il doit inscrire ou non. Cette liberté d'appréciation est si étendue qu'on a soutenu que le conservateur pourrait refuser l'inscription sur le vu de la minute d'un jugement, alors même que le tribunal l'aurait ainsi ordonnée. Je ne sais pas cependant si cette décision ne s'inspire pas d'un souci exagéré de la protection qu'on doit aux conservateurs ; il me semble que dans une pareille hypothèse le jugement suffirait pleinement à sauvegarder leurs droits et leurs intérêts.

Les énonciations que doivent renfermer les bordereaux sont prévues par l'article 2148. Ce sont : 1° l'indication du créancier ;

2° Une élection de domicile par le créancier dans un

lieu quelconque de l'arrondissement où se trouve le bureau.

3° L'indication du débiteur ;

4° La date et la nature du titre.

L'article 2148 exige encore deux dernières mentions :

1° L'indication de l'espèce et de la nature des biens ;

2° L'indication du montant de la créance ou son évaluation.

La première de ces deux mentions ne doit pas être contenue dans le bordereau, car l'hypothèque étant générale, une seule inscription suffit pour la faire porter sur tous les biens immeubles situés dans l'arrondissement. L'article 2148 *in fine* le déclare formellement ; en effet les tiers étant suffisamment avertis par le caractère général de l'hypothèque, il était inutile de forcer le créancier à rechercher tous les immeubles que son débiteur pourrait posséder dans l'arrondissement.

Quant à la deuxième mention, il est certain que le créancier doit indiquer dans le bordereau le montant de la créance lorsque celle-ci est déterminée, ainsi que les accessoires de cette créance, c'est-à-dire les intérêts échus, les frais, et les dommages-intérêts s'il en a été accordé.

Mais lorsque la créance résultant du jugement est indéterminée, faut-il en faire l'évaluation dans le bordereau ? En d'autres termes le n° 4 de l'article 2148

s'applique-t-il simplement aux hypothèques conventionnelles ou a-t-il une portée générale ? La question mérite d'être examinée ; les tiers ont le plus grand intérêt à connaître dans quelle mesure approximative tout au moins sont grevés les biens affectés à une hypothèque judiciaire. De plus si l'évaluation est exigée son omission devra entraîner la nullité de l'inscription car on s'accorde à la considérer comme une mention essentielle. Quant aux hypothèques légales, l'article 2153 dispense leur inscription de cette évaluation, la question ne se pose donc pas pour elles.

Je n'hésite pas à penser que la solution qui ferait à l'inscription de l'hypothèque judiciaire l'application de l'article 2148 n° 4 serait la meilleure en pure législation. Est-elle celle du Code civil ?

Le point est vivement controversé ; la majorité des auteurs enseigne d'une part que l'évaluation est nécessaire, la jurisprudence décide au contraire que l'article 2148 n° 4 ne vise pas l'hypothèque judiciaire.

Premier système. — L'article 2148 n° 4 ne s'applique pas à l'hypothèque judiciaire ; l'évaluation de la créance ne doit donc pas nécessairement être faite dans l'inscription.

Cette théorie a triomphé en jurisprudence ; de plus elle a été soutenue avec une conviction profonde et une puissante logique par M. Vaugeois, alors professeur à la faculté de droit de Nancy, maintenant professeur à la faculté de droit de Caen. Malgré l'autorité qui s'attache à son opinion, je demande à mon excel-

lent maître la permission de ne pas la partager. Je n'essaierai d'ailleurs pas d'approfondir complètement cette question qui se rapporte surtout à l'examen de l'article 2148 et à l'étude des inscriptions hypothécaires en général ; je veux indiquer seulement les arguments principaux invoqués de part et d'autre et justifier la solution que je crois devoir adopter.

La jurisprudence n'a pas cessé de soutenir, et elle paraît définitivement fixée dans ce sens, que l'évaluation n'est pas nécessaire (1). Quelques auteurs se sont rangés à cette manière de voir. Il faut citer sourtout MM. Vaugeois (2) auquel j'emprunterai en les résumant tous les arguments qui ont été proposés en faveur de cette théorie, Duranton (3) et Troplong (4). Après quelques hésitations, M. Mourlon s'y est rangé définitivement (5). M. Dalloz l'avait d'abord enseignée (6) ; depuis il l'a abandonnée.

M. Vaugeois part de ce principe que les rédacteurs du Code civil ont voulu assurer à l'hypothèque judiciaire un caractère de généralité absolue ; s'ils l'ont astreinte à la publicité, ils ont écarté en ce qui la concerne l'application de toutes les règles relatives

(1) Cass. rejet 4 août 1825 (Sir. 1826, I, 122). — Paris, 16 mars 1822 (Sir. 1822, II, 381). — Rouen, 8 février 1851 (Sir. 1851, II, 715). — Cass. 6 mai 1868 (Dal. 1868, I, 316).

(2) Vaugeois. De l'inscription des hypothèques judiciaires et des privilèges garantissant des créances indéterminées, revue pratique tome XL, publié depuis chez Marescq (Paris, 1875).

(3) Duranton. Tome XX, nos 116 et 117.

(4) Troplong. Tome III, no 684.

(5) Mourlon. Répétitions écrites, tome III, no 1565 (édition 1878).

(6) Dalloz. Répertoire, vo privilèges, no 1568 (1re édition).

à la spécialité. « *Quoi de plus contradictoire, dit-il,* « *que de considérer une créance comme assez favora-* « *ble pour que tous les biens du débiteur lui soient* « *affectés, et que d'astreindre d'un autre côté le créan-* « *cier à déterminer par évaluation, quand il ne l'est* « *pas par le titre même, le chiffre de sa créance ?* » (1)

Dans l'esprit des rédacteurs du Code, l'hypothèque judiciaire est assimilée aux hypothèques légales ; c'est là un point qui résulte de toutes les discussions où du reste l'hypothèque judiciaire n'a joué qu'un rôle très effacé. Or la nécessité de l'évaluation se rattache à la règle de la spécialité des hypothèques, elle ne doit donc pas exister en cette matière.

On ajoute que cette évaluation est matériellement et moralement impraticable ; matériellement, car on ne peut forcer le créancier à faire pour sa créance une détermination que le tribunal n'a pas pu faire et que lui-même serait le plus souvent impuissant à effectuer ; moralement, car si le créancier inscrit un chiffre inférieur à sa prétention, il créera un préjugé contre cette prétention ; si au contraire, ce qui arrivera le plus fréquemment, il inscrit le chiffre de sa prétention que le tribunal n'a pas admise, on viole le respect dû aux décisions judiciaires même non définitives.

Enfin M. Vaugeois appuie sa théorie sur des arguments de textes qui, je dois l'avouer, sont au premier abord fort embarrassants.

(1) Vaugeois. Loc. cit. n° 45.

L'article 2148 appartient au chapitre IV qui a pour rubrique » *du mode de l'inscription des privi-* « *lèges et hypothèques* » ; il contient donc des dispositions applicables aux privilèges et à toutes les hypothèques. Mais par suite de l'origine et de la nature différentes des trois classes d'hypothèques, toutes les formalités de l'inscription ne peuvent leur être absolument communes ; les textes mêmes de ce chapitre ont pris soin de déterminer celles de ces formalités qui sont spéciales à telles ou telles hypothèques. C'est ainsi que l'article 2148 n° 5 porte que l'indication de la nature et de l'espèce des biens « *n'est pas* « *nécessaire dans le cas des hypothèques légales ou ju-* « *diciaires.* » De même dans le n° 4 il fait, sous une forme moins explicite mais cependant parfaitement claire, une dérogation analogue au principe en ce qui concerne l'évaluation. Il décide en effet que l'inscription doit contenir l'évaluation « *dans les cas où cette* « *évaluation est ordonnée.* » Or on ne peut découvrir qu'un seul cas où cette évaluation soit exigée, c'est celui de l'article 2132 relatif aux hypothèques conventionnelles. Il en résulte que l'inscription des hypothèques judiciaires, et celle des hypothèques légales pour lesquelles du reste l'article 2153 contient une disposition formelle, n'est pas soumise à la nécessité de l'évaluation.

En outre l'article 2163 porte que l'on peut faire réduire les inscriptions évaluatives des créances conditionnelles ou indéterminées lorsque les évaluations « *n'ont pas été réglées par la convention* » ; il s'agit

donc bien seulement ici de l'hypothèque conventionnelle et l'article 2163 est le corollaire de l'article 2132 qui, laissant l'évaluation à la discrétion du créancier, donne cependant au débiteur le droit de la faire réduire ; or l'article 2132 ne vise que les hypothèques conventionnelles. Si donc aucune réduction de l'évaluation ne peut avoir lieu en ce qui concerne les hypothèques judiciaires, c'est que l'évaluation ne doit pas être nécessairement faite dans leur inscription, car autrement on ne comprendrait pas que la loi eût ainsi laissé le débiteur à la merci du créancier, et l'eût contraint d'accepter sans protestation possible l'évaluation faite arbitrairement. Il est vrai que les tiers ne connaîtront même pas approximativement la créance garantie par l'hypothèque, mais c'est un inconvénient qui tient au caractère général de l'hypothèque, et d'ailleurs une évaluation forcément incertaine n'aurait qu'une utilité très relative pour les tiers qui savent que l'hypothèque porte sur tous les biens présents et à venir. Du reste les tiers pourront consulter eux-mêmes le jugement, et chercher à se rendre compte du chiffre auquel pourra monter la créance lorsqu'elle sera liquidée.

Enfin l'article 2159 fournit un dernier argument. Ce texte dispose que par exception la demande en radiation d'une inscription est portée devant le tribunal où les parties sont en instance pour la liquidation ou l'exécution de la condamnation, si l'inscription a eu lieu pour sûreté d'une condamnation éventuelle ou indéterminée. Cette partie du texte, qui se rapporte in-

contestablement à l'hypothèque judiciaire, décide donc que la radiation ne peut être prononcée avant que le chiffre exact de la créance ne soit fixé, puisqu'elle renvoie la question de radiation au tribunal déjà saisi de la question de liquidation. Or si l'évaluation était exigée, comment un débat ultérieur relatif à la liquidation pourrait-il avoir sur la question de radiation l'influence que suppose l'article 2159 ? Car si cette radiation a trait à une réduction, ce qui est le cas lorsque le débiteur se plaint que le créancier a fait une évaluation exagérée, « *il faut « bien, à moins de supposer que la loi ait voulu trai- « ter plus sévèrement l'hypothèque judiciaire que « l'hypothèque conventionnelle, reconnaître que le « résultat d'une demande en réduction d'inscription « n'est aucunement subordonné à celui de la liquida- « tion de la créance* (2164) » (1).

On en conclut que pour être intelligible, l'article 2159 suppose nécessairement « *que le débat auquel « il fait allusion intéresse effectivement la solution du « procès sur la radiation ; il implique que la somme « conservée devra être, à la différence de ce qui se « passe en matière d'hypothèque conventionnelle, « celle indiquée par la liquidation définitive* » (2). L'article 2159 confirme donc l'article 2163, et cette interprétation que l'on prétend rigoureusement exacte enlève toute raison d'être à une évaluation.

(1) Vaugeois. Loc. cit. n° 36.
(2) Vaugeois. Eod. loc.

Deuxième système. — Si sérieuses que puissent paraître les raisons données par M. Vaugeois et que j'ai résumées sans trop les affaiblir, je l'espère, je crois cependant plus juridique d'admettre que l'article 2148 n° 4 s'applique aux hypothèques judiciaires, et que l'évaluation de la créance doit être exigée dans l'inscription. Cette solution me semble plus conforme aux principes et aux textes ; elle a aussi pour conséquence de sauvegarder dans une plus large mesure les intérêts des tiers qui, dans toute cette matière, ont éveillé à un si haut dégré l'attention du législateur.

Je suis du reste d'accord avec la majorité des auteurs dont je ne veux citer que les principaux, MM. Tarrible (1), Grenier (2), Battur (3), Pont (4), Colmet de Santerre (5), Aubry et Rau (6). M. Mourlon (7) a enseigné pendant quelque temps la même théorie. M. Dalloz (8) a fini par s'y rallier.

En thèse générale il faut que les tiers connaissent les charges qu'une hypothèque fait peser sur les biens d'une personne avec laquelle ils sont sur le point de contracter. Ce résultat n'est atteint que s'ils peuvent se rendre compte et du montant de la créance garantie et aussi de l'étendue du gage, c'est-à-dire

(1) Tarrible. V° inscrip. hypo., § 5 n° 11.
(2) Grenier. Tome I, n° 83.
(3) Battur. Tome III, n° 442.
(4) Pont. N° 989, sur l'article 2148.
(5) Colmet de Santerre. Tome IX, sur l'art. 2148, n° 128 *bis* V.
(6) Aubry et Rau. Tome III, n° 274, note 7.
(7) Mourlon. Examen du commentaire de Troplong, n° 158.
(8) Dalloz. Répert. v° privilèges, n° 1567 (2e édition).

de la quotité d'immeubles affectés à l'hypothèque. C'est cette idée qui a donné naissance aux principes de la publicité et de la spécialité des hypothèques.

A raison de circonstances particulières et relativement à certaines hypothèques, la loi a fait cesser l'application de l'un de ces deux principes ou de tous les deux à la fois, mais on se trouve alors en face d'une exception qu'on ne doit pas étendre au-delà des limites assignées par la loi elle-même.

Or le Code civil a soustrait les hypothèques légales et les hypothèques judiciaires au principe de la spécialité en les déclarant générales (articles 2122, 2123, 2148 n° 5); mais il n'a touché au principe de la publicité, soit pour en restreindre les conditions, soit pour le supprimer complètement, qu'en ce qui concerne les hypothèques légales, dans l'article 2135 où il dispense certaines d'entre elles de toute inscription, et dans l'article 2153 où il simplifie les conditions de l'inscription des hypothèques légales qui y restent soumises en décidant que le montant des créances ou leur évaluation ne doit pas y figurer. Vis à vis des hypothèques judiciaires, il n'existe pas de texte analogue à l'article 2153; il faut donc se reporter pour elles à la règle générale contenue dans l'article 2148 dont le n° 4 exige l'évaluation, sans faire aucune exception. On objecte, il est vrai, que l'article 2148 ne déclare l'évaluation nécessaire que dans les cas où elle est ordonnée; or le seul texte qui l'ordonne est l'article 2132 relatif aux hypothèques conventionnelles.

A cet argument on peut faire plusieurs réponses.

D'abord on ne saurait nier que l'article 2148 ne renferme et n'édicte des règles générales puisqu'il s'occupe de toutes les inscriptions, et si on lui donnait la portée que la théorie adverse a voulu lui assigner, on arriverait à faire de cette règle générale une simple exception. En effet le seul cas où l'évaluation est exigée étant celui de l'hypothèque conventionnelle, l'article 2148 n° 4 ne s'appliquerait ni aux hypothèques légales, ce qui est d'ailleurs certain (article 2153), ni aux hypothèques judiciaires, ni aux privilèges. Or ses termes répugnent à une pareille interprétation d'autant plus que la loi a pris grand soin de dispenser dans un texte spécial (article 2153) l'inscription des hypothèques légales de l'évaluation ; comment expliquer l'article 2153 si l'exception qu'il consacre résultait déjà implicitement de l'article 2148 n° 4 ?

De plus si l'article 2148 n° 4 avait par ces mots « *dans les cas où cette évaluation est ordonnée* », voulu faire allusion à l'article 2132, il aurait employé le singulier au lieu du pluriel puisqu'il se refèrerait à un seul cas et non à plusieurs. Aussi M. de Vareilles-Sommières (1) a pu dire avec raison : « *s'il faut sup-*
« *poser une inadvertance chez le législateur, j'aime*
« *mieux la voir dans ces mots assez vagues « cas où*
« *elle est ordonnée par la loi » qui se sont glissés*
« *dans l'article 2148, que dans le texte clair et précis*
« *de l'article 2153 qui vient évidemment apporter une*
« *exception à une règle générale posée plus haut, à la*

(1) De Vareilles-Sommières. Page 198.

« *règle de l'article 2148 n° 4.* » C'est qu'en effet la nécessité de l'évaluation est une conséquence du principe de la publicité ; la publicité ne peut avoir d'utilité pour les tiers que s'ils sont à même de connaître au moins approximativement le montant des créances garanties par l'hypothèque, et si cette indication ne leur est pas fournie, peu leur importe que l'hypothèque soit occulte ou leur soit révélée par une inscription.

Cette considération me semble anéantir le point de départ que M. Vaugeois donne à sa théorie. Pour lui la dispense de l'évaluation est une conséquence de la généralité des hypothèques judiciaires. Il y a là une confusion qu'il faut dissiper ; la nécessité de l'inscription ne dérive pas de la spécialité, mais du principe de la publicité, je viens de le démontrer. L'hypothèque judiciaire est générale, non pas parce que le montant de la créance qu'elle garantit n'aura pas besoin d'être évalué, mais parce qu'elle porte sur tous les biens présents et à venir du débiteur ; le Code, en ce qui la concerne, a maintenu la publicité, il faut donc décider qu'à moins d'un texte exprès toutes les formalités qui se rattachent à la publicité doivent être accomplies dans son inscription.

Ainsi éclairés les articles 2148 n° 4 et 2153 me paraissent fournir un argument irréfutable en faveur de la solution que je propose. Les partisans de la doctrine contraire s'en sont bien rendu compte, et M. Vaugeois s'est ingénié à trouver un motif aux mots « *dans les cas où* » de l'article 2148 et à l'article

2153. Il en a donné plusieurs explications fort séduisantes et fort curieuses, mais qui me semblent trop cherchées pour être exactes. Il serait trop long de les reproduire ; elles méritent toutefois qu'on s'y reporte, car elles dénotent chez leur auteur une conviction profonde et une rare vigueur d'argumentation, mais je ne crois pas qu'elles soient de nature à infirmer celle que j'ai proposée et qui est certainement la plus simple. M. Vaugeois arrivera difficilement à nous convaincre, comme il veut le faire, que la rédaction des articles 2148 n° 4 et 2153 est excellente, que ces deux textes sont complètement indépendants l'un de l'autre, et qu'au lieu de la combattre, ils fournissent l'appui le plus solide à sa théorie (1).

Je dois encore réfuter les objections tirées des articles 2163 et 2159. S'il est vrai que l'article 2163 doit s'appliquer aux hypothèques conventionnelles, on ne saurait prétendre qu'il les vise uniquement et qu'il est le corollaire de l'article 2132. En effet, lorsqu'il parle d'inscriptions de créances qui « *en ce qui* « *concerne l'hypothèque à établir pour leur sûreté,* « *n'ont pas été réglées par la convention* », ces expressions supposent simplement que l'évaluation n'a pas été faite d'après un accord intervenu entre les parties, et que le créancier l'a seul déterminée sans consulter le débiteur ; elles traduisent la même idée que les mots « *sans limitation convenue* » de l'article 2161 écrit spécialement pour les hypothèques con-

(1) Vaugeois. N°s 15 à 34.

ventionnelles. Or cet accord entre les parties peut se produire pour l'inscription des hypothèques judiciaires aussi bien que pour celle des hypothèques conventionnelles, et j'établirai du reste plus loin, en traitant de la réduction, que l'article 2163 s'applique aux hypothèques judiciaires.

Quant à l'article 2159, M. Vaugeois prétend qu'il conduit notre théorie à une conséquence inadmissible. L'hypothèque judiciaire, dit-il, sera traitée moins favorablement que l'hypothèque conventionnelle, car d'après l'article 2159, sa réduction ne sera possible qu'après la liquidation complète de la créance ; la réduction ne peut avoir lieu, en effet, en prenant pour base le chiffre de l'évaluation, puisque l'article 2159 renvoie la connaissance de l'action en réduction au tribunal chargé de la liquidation. Un tel résultat, conclut-on, condamne à lui seul cette théorie.

J'admets fort bien, pour ma part, que la radiation dont s'occupe l'article 2159 peut comprendre la radiation proprement dite des inscriptions et la radiation partielle qui est la conséquence de la réduction. Mais dans cette dernière hypothèse, l'article 2159 n'exige nullement que le tribunal ait statué sur la liquidation de la créance avant de prononcer la réduction ; il se borne à ordonner que la demande en réduction, au lieu d'être portée devant le tribunal de l'arrondissement où l'inscription a été prise, soit renvoyée à celui devant lequel la liquidation est pendante. C'est là ce qui ressort des termes mêmes du texte : « *la radiation « non consentie est demandée au tribunal dans le*

« *ressort duquel l'inscription a été faite, si ce n'est* « *lorsque cette inscription a eu lieu pour sûreté d'une* « *condamnation sur l'exécution ou liquidation de* « *laquelle le débiteur et le créancier prétendu sont en* « *instance ou doivent être jugés dans un autre tribu-* « *nal, auquel cas la demande en radiation doit y être* « *portée ou renvoyée.* » Cette disposition est très naturelle ; nous verrons en effet que lorsqu'une action en réduction d'hypothèque est portée devant eux, les juges doivent comparer le montant de la créance à la valeur des biens hypothéqués ; ici ce montant est déterminé par l'évaluation, et il est certain que les juges devant lesquels la liquidation doit se faire et est déjà commencée, sont mieux à même que tous les autres d'apprécier si cette évaluation se rapproche suffisamment du montant probable auquel la liquidation portera la créance.

Sans doute si la liquidation définitive est prochaine, le tribunal surseoira le plus souvent à statuer sur la réduction ; mais on peut supposer que les opérations auxquelles elle donne lieu doivent durer encore longtemps, et dans ce cas le tribunal prononcera sur la demande en réduction en assignant provisoirement pour base à la créance l'évaluation qu'il aura pu rectifier en connaissance de cause, s'il la trouve exagérée.

Cette considération m'amène à déduire de la théorie de M. Vaugeois une conséquence qui suffit à elle seule, il me semble, pour la faire écarter. Son interprétation, en effet, rend impossible la réduction des hypo-

thèques judiciaires dans tous les cas où les condamnations prononcées sont indéterminées. Si l'évaluation n'est pas nécessaire dans l'inscription, les juges n'auront aucun moyen de se rendre compte si la valeur des biens grevés dépasse sensiblement celle de la créance garantie, puisque le chiffre même approximatif de cette créance leur sera complètement inconnu. Or il est certain que la réduction des hypothèques judiciaires est possible (article 2161), et que cette réduction a été considérée par la loi comme un remède aux inconvénients que présente la généralité de l'hypothèque. De quel droit écarter ce correctif très désirable dans tous les cas où la créance est indéterminée, alors qu'aucun texte n'y autorise? Ce serait créer sans motif une exception à une règle exprimée en termes aussi généraux que possible : « *toutes les fois que les inscriptions, etc.....* » (article 2161). Si M. Vaugeois veut permettre la réduction, il est obligé de reconnaître que tout au moins au moment où l'action en réduction sera intentée, une évaluation est nécessaire ; est-il logique d'exiger l'évaluation postérieurement à l'inscription plutôt que dans l'inscription elle-même ?

Quant à l'impossibilité morale et matérielle d'exiger l'évaluation, j'avoue ne pouvoir m'en rendre compte. Comment forcer le créancier, dit-on, à faire une évaluation que le tribunal n'a pu effectuer ? De plus, si le créancier inscrit un chiffre inférieur à sa prétention, il crée un préjugé contre lui ; s'il inscrit un chiffre supérieur, que devient le respect dû au jugement qui

précisément a repoussé cette demande ? Je réponds d'abord que le tribunal n'avait pas à faire d'évaluation ; il avait à statuer sur une demande, il a déclaré simplement que la demande n'était pas justifiée dès à présent, et sans la rejeter à proprement parler, il a décidé qu'une liquidation était nécesssaire. Le résultat de cette liquidation n'est pas connu, on ne peut que le prévoir approximativement, et si l'appréciation faite par le créancier, si son évaluation est exagérée, le débiteur pourra la faire réduire au moyen de l'action que lui confère l'article 2163. Si le créancier inscrit un chiffre inférieur à sa prétention, ce qui me paraît du reste bien invraisemblable, je ne vois pas quel préjugé pourrait en résulter contre lui.

Je puis encore présenter à l'appui de ma théorie deux arguments de texte, secondaires il est vrai, mais qui n'en ont pas moins une certaine valeur et doivent, d'après moi, achever de déterminer une conviction complète.

L'article 2155 du Code civil dit que, sauf pour les hypothèques légales, l'avance des frais d'inscription doit être faite par l'inscrivant ; or pour liquider le droit d'inscription de un pour mille, il faut une base qui, dans notre espèce, ne peut être fixée que par l'évaluation à laquelle doit se livrer le créancier (1).

Enfin il faut remarquer que les articles 2148 n° 4 et 2153 sont rédigés dans les mêmes conditions que

(1) Jalouzet : d'un article du Code civil (2148), page 76 (Paris, Cotillon, 1879).

les articles 17 n° 4 et 21 de la loi du 11 brumaire an VII. En effet, l'article 17 n° 4 posait en principe la règle que dans l'inscription on devait indiquer le montant du capital et des accessoires, l'article 21 dispensait de cette formalité certaines hypothèques, mais aucun texte ne faisait allusion aux hypothèques judiciaires que l'on soumettait sans difficulté à l'application de l'article 17 n° 4. Il est vrai que le caractère de l'hypothèque était différent ; aussi faut-il retenir simplement que l'économie des textes est la même. C'est là tout au moins une présomption grave qui vient fortifier les arguments sur lesquels j'ai basé ma théorie.

De cette discussion je conclus que la nécessité de l'évaluation de sa créance s'impose à celui qui veut inscrire une hypothèque judiciaire. Pour moi l'article 2148 n° 4 n'est pas conçu dans une pensée restrictive ; il contient une règle générale à laquelle l'article 2153 seul apporte une exception amplement justifiée par la nature des hypothèques légales, puisque le montant des créances qu'elles garantissent dépend d'une administration souvent fort longue et résulte de faits qu'il est impossible de prévoir. Les mêmes motifs ne se présentent pas en ce qui concerne l'hypothèque judiciaire ; il est naturel que la solution soit différente.

Enfin l'inscription de l'hypothèque judiciaire se périme comme les autres par le délai de dix ans et est par conséquent soumise au renouvellement (article 2154).

SECTION II

EFFETS DE L'INSCRIPTION. — RANG DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

L'hypothèque judiciaire étant soumise à une inscription ne produit effet contre les tiers que par l'accomplissement de cette formalité ; c'est à partir de ce moment qu'elle prend date, c'est à ce moment qu'il faut se placer pour déterminer son rang.

L'étude du rang de l'hypothèque judiciaire se ramène donc à l'examen des trois questions suivantes :

1° A quel moment précis l'hypothèque judiciaire prend-elle rang ?

2° A partir de quel moment peut-on l'inscrire ?

3° Jusqu'à quel moment peut-on l'inscrire ?

§ I

A quel moment précis l'hypothèque judiciaire prend-elle rang ?

Le principe est renfermé dans l'article 2134 ; l'hypothèque prend rang à partir de l'inscription qui en est faite. Elle naît auparavant, mais tant qu'elle n'est pas rendue publique, elle n'a qu'une existence en quelque sorte latente et ne peut être d'aucune utilité au créancier. Mais que doit-on décider en tant que l'hypothèque judiciaire porte sur les biens à venir ? Il y a là une double question à résoudre :

1° Faut-il qu'une inscription soit prise chaque fois que le débiteur acquiert un immeuble ; ou bien l'inscription prise fait-elle porter l'hypothèque à la fois

sur les biens présents et sur les biens à venir situés dans l'arrondissement ?

2° Si l'on adopte cette dernière manière de voir, l'hypothèque, relativement aux biens à venir, datera-t-elle de l'inscription ou de leur acquisition ?

L'inscription unique prise dans l'arrondissement qui frappe certainement les biens présents possédés par le débiteur, atteint-elle aussi virtuellement les biens à venir ?

Sur ce point la jurisprudence et la grande majorité des auteurs se rencontrent dans un accord presque unanime pour décider l'affirmative qui paraît en effet résulter sans aucun doute possible de la combinaison des articles 2123, 2134 et 2148 (1). L'article 2123 définit l'hypothèque judiciaire et dispose qu'elle s'exerce sur les biens présents et à venir du débiteur. L'article 2134, appliquant aux hypothèques judiciaires le principe de la publicité, déclare qu'elles ne prennent rang et ne se conservent que par l'inscription ; enfin l'article 2148 indique quelles formalités il faut remplir pour inscrire et conserver l'hypothèque. Or n'est-il pas évident que l'hypothèque doit être conservée telle qu'elle existe, c'est-à-dire avec l'étendue qui lui est attribuée par l'article 2123 ? Du reste l'article 2148 n° 5 dispense le créancier d'indiquer

(1) Il est certain que si l'inscription unique atteint les biens à venir, elle ne peut en aucune façon grever les biens qui simplement peuvent devenir éventuellement la propriété du débiteur (Cass. 26 février 1883 (Sir. 1884, I, 275).

dans le bordereau l'espèce et la situation des biens ; n'est-ce pas précisément parce que cette indication ne pouvant porter que sur les biens présents ne remplirait pas le but qui l'a fait édicter, pour l'inscription des hypothèques conventionnelles, et au lieu d'être utile aux tiers ne servirait qu'à les induire en erreur ? Les tiers, en constatant sur les registres l'existence d'une inscription générale prise contre une personne sans énonciation des biens qu'elle frappe, sauront que tous les biens présents et à venir de cette personne sont grevés. Leur attention sera éveillée, et ils seront avertis que pour être complètement renseignés, ils doivent s'enquérir non seulement des biens que possédait le débiteur au moment de l'inscription, mais encore de ceux dont il a pu faire l'acquisition depuis.

D'ailleurs cette solution n'est qu'une conséquence logique du principe de la généralité de l'hypothèque judiciaire. Le droit du créancier doit être fixé une fois pour toutes, et ce serait singulièrement restreindre les termes de l'article 2123, que de forcer le créancier à rester sans cesse à l'affût des acquisitions faites par son débiteur ; le condamné du reste trouverait toujours le moyen de rendre illusoire l'hypothèque de son adversaire sur ses biens à venir, en prévenant d'autres créanciers qui mieux informés se hâteraient de prendre inscription les premiers. Sans même supposer cette collusion, il est certain que le créancier en vertu d'un jugement serait le plus souvent primé par des créanciers plus rapprochés du

débiteur et par là même plus au courant de ses affaires et des opérations auxquelles il se serait livré (1).

M. Tarrible (2) à peu près seul a soutenu l'opinion contraire, et Merlin (3) après avoir adopté sa théorie l'a lui-même plus tard complètement réfutée.

Il faut, d'après Tarrible, une inscription nouvelle sur chaque bien qui entre dans le patrimoine du débiteur postérieurement à l'inscription primitive (4). Cet auteur prend pour point de départ de son argumentation cette idée que l'hypothèque, droit réel et positif sur un immeuble, ne saurait avoir de consistance qu'autant que l'immeuble grevé est dans la main du débiteur ; en conséquence, les immeubles à venir ne pourront être frappés qu'à partir de leur entrée dans le patrimoine du condamné. C'est là une confusion manifeste entre le droit lui-même et la conservation de ce droit. Sans doute le bien n'est pas atteint par l'hypothèque avant d'être devenu la propriété du débiteur, mais la question est de savoir s'il sera nécessaire à ce moment de prendre une nouvelle inscription, ou si l'hypothèque devient opposable aux tiers en vertu de la

(1) Cass. 3 août 1819. — Rouen, 22 mai 1818. — Metz, 23 avril 1823. — Cass. 21 novembre 1827. — Lyon, 18 février 1829. — Paris, 23 février 1835 (Sir. 1835, II, 209).

(2) Tarrible. Répertoire de Merlin, v° inscription § 5, n° 12.

(3) Merlin. Loc. cit. et additions, tome XVI, page 445, n° 12.

(4) Un arrêt de la cour de Limoges du 3 juin 1871 (Sir. 1871, II, 84) décide que les biens à venir ne sont grevés de l'hypothèque en vertu de l'inscription prise antérieurement à leur acquisition, que si le créancier a entendu donner cette portée à l'inscription.

première inscription à laquelle on donnerait une sorte d'élasticité que les textes d'ailleurs me paraissent lui attribuer.

Tarrible invoque en outre un passage du discours prononcé par Grenier au Corps législatif le 28 ventôse an XII, où l'orateur emploie ces mots « *inscriptions successives.* » La réponse à cet argument est péremptoire. Ce discours se rapportait à l'explication de l'article 2161 ; or l'article 2161 qui traite de la réduction, peut, d'après l'opinion générale, s'appliquer à l'hypothèque conventionnelle lorsqu'elle porte sur les biens à venir dans les termes de l'article 2130. Il faut alors une inscription chaque fois qu'un nouveau bien entre dans le patrimoine du débiteur ; c'est à cette règle que Grenier faisait allusion dans son discours lorsqu'il parlait « *d'inscriptions successives* ». Du reste le meilleur juge du sens qu'il faut attribuer à ces expressions doit être Grenier lui-même, et cet auteur dans son traité des hypothèques (1) prend soin de justifier longuement le système que j'ai cru devoir adopter. L'article 2161 vient aussi à l'appui de cette solution, car il vise incontestablement tout au moins les hypothèques légales et les hypothèques judiciaires, et il suppose qu'un créancier peut prendre des inscriptions « *sur des biens à venir* », sans limiter ce droit au seul cas où il s'agit d'hypothèques légales. Or l'inscription prise « *sur des biens à venir* » n'est autre chose, si on interprète littéralement ces termes,

(1) Grenier. Tome I, n° 193.

que l'inscription portant sur des biens qui n'existent pas encore et prise par conséquent avant l'entrée de ces biens dans le patrimoine du débiteur. Autrement elle ne pourrait être faite que postérieurement à l'acquisition de ces biens et ne porterait pas alors sur des biens à venir, mais sur des biens présents.

Restent à réfuter deux arguments de texte empruntés l'un à la loi du 11 brumaire an VII, l'autre à la loi du 5 septembre 1807.

La loi du 11 brumaire, dans son article 4, avait spécialisé jusqu'à un certain point l'hypothèque judiciaire en la faisant seulement porter sur les biens présents ; mais pour les hypothèques légales, auxquelles on attribuait un caractère de généralité absolue, le même article 4 disposait que si, en principe, elles atteignaient les biens à venir, il fallait qu'une inscription nouvelle fût prise au moment de l'acquisition de chaque bien, laquelle inscription ne préjudicierait pas aux inscriptions étrangères antérieurement faites. Or on prétend que si le Code civil a restitué à l'hypothèque judiciaire son ancienne généralité, il n'a pas modifié cette règle de la loi de brumaire dont une application se présente d'ailleurs dans l'article 2130 pour le cas où des biens à venir peuvent être l'objet d'une hypothèque conventionnelle. Mais c'est précisément parce que le Code civil, dans les articles 2123 et 2148 n° 5, a modifié les anciens principes, que l'article 4 de la loi de brumaire an VII ne peut plus s'appliquer. Si le Code civil avait voulu conserver ce mode d'inscription des hypothè-

ques, il l'aurait consacré par une disposition analogue à celle de l'article 4 ; non seulement il ne l'a pas fait, mais encore il résulte clairement des textes, je l'ai démontré, que le législateur de 1804 s'est placé à un point de vue absolument différent. L'article 2130, il est vrai, a reproduit dans une certaine mesure la règle d'après laquelle des inscriptions successives peuvent être parfois nécessaires, mais c'est parce que l'hypothèque des biens à venir dont il s'occupe est une hypothèque conventionnelle pour laquelle le principe de la spécialité a été maintenu dans toute sa rigueur.

Enfin Tarrible invoque les articles 4, 5 et 7 de la loi du 5 septembre 1807 relative aux droits du trésor public sur les biens des comptables. L'article 4 accorde à l'Etat un privilège sur les biens acquis à titre onéreux par le comptable postérieurement à sa nomination, et d'après l'article 5 ce privilège doit être inscrit dans les deux mois de l'enregistrement de l'acte translatif de propriété ; par conséquent il n'est pas permis à l'Etat de prendre des inscriptions précoces destinées à faire porter son privilège sur tous les biens à venir qui pourront entrer dans le patrimoine du comptable. De plus l'article 7 contient la même disposition en ce qui concerne les biens acquis à titre gratuit par le comptable, et sans s'occuper spécialement du privilège, il parle de la conservation des droits de l'Etat en général, c'est-à-dire qu'il s'applique également à l'hypothèque légale de l'Etat. Or l'hypothèque judiciaire ayant le même caractère et la

même étendue que l'hypothèque légale de l'Etat, doit être régie par les mêmes règles.

Plusieurs réponses peuvent être faites à cet argument. D'abord la loi du 5 septembre 1817 est une loi spéciale à une matière déterminée, elle est de plus postérieure au Code civil. Il faut donc la restreindre aux hypothèses qu'elle a pour but de résoudre, et l'exception qu'elle peut apporter au Code civil ne doit pas être étendue, si toutefois on admet qu'elle déroge à l'article 2148 n° 5. Je ne crois pas d'ailleurs que telle soit la portée de cette loi, et il me semble que l'hypothèque légale de l'Etat doit être régie exclusivement par les textes du Code civil. En effet les articles 4 et 5 de la loi de 1807 visent uniquement *in terminis* le privilège de l'Etat et non son hypothèque légale. Pour le privilège on comprend que des inscriptions successives soient nécessaires, car l'inscription de l'hypothèque n'est pas suffisante pour avertir les tiers qu'il existe en outre un privilège au profit de l'Etat, d'autant plus que le privilège a une assiette différente de celle de l'hypothèque ; le privilège porte sur tous les meubles et seulement sur les immeubles acquis à titre onéreux depuis la nomination, l'hypothèque au contraire n'affecte pas les meubles, mais en revanche elle grève tous les immeubles, quelle que soit la cause de leur acquisition. Il est vrai que l'article 7 de la loi de 1807, s'occupant tout à la fois des ventes et des acquisitions faites par les comptables, ordonne aux receveurs de l'enregistrement de requérir, et aux conservateurs d'effectuer l'inscription nécessaire à la

conservation des droits de l'Etat sans distinguer le privilège de l'hypothèque légale. Mais quand il s'agit d'une vente faite par le comptable, l'article 7 ne peut avoir pour but que de faire procéder à une inscription que l'on avait omis de prendre dans l'arrondissement avant la vente, et il ne saurait être question ici que de biens présents et non de biens à venir puisque l'immeuble aliéné sort du patrimoine du comptable au lieu d'y entrer. Or l'expression « *acquisitions* » suivant immédiatement celle de « *ventes* » se réfère à la même idée ; l'article 7 ordonne d'inscrire dans le cas d'une acquisition lorsque, soit par omission, soit parce qu'il n'existait pas de biens présents dans l'arrondissement on avait négligé de remplir cette formalité nécessaire à la conservation des droit de l'Etat.

Cette question ainsi tranchée, il est facile de déterminer l'époque à laquelle l'hypothèque judiciaire prendra rang sur les biens à venir. C'est évidemment celle de l'inscription unique, et non celle des acquisitions successives faites par le débiteur. En effet l'article 2134 détermine le rang des hypothèques d'après la date de leurs inscriptions ; c'est là le seul moyen de les classer, par conséquent aussitôt qu'un bien à venir entrera dans le patrimoine du débiteur, l'hypothèque se fixera sur lui et rétroagira jusqu'au jour de l'inscription. Lorsque l'article 2147 décide que les inscriptions prises le même jour sont placées sur la même ligne, il fait à la règle de l'article 2134 une exception qu'on ne doit pas étendre. Il faut donc dire

qu'en vertu d'une fiction de la loi qui les fait rétroagir, les hypothèques générales grèvent l'immeuble acquis à la date que leur attribuent les inscriptions antérieures à l'acquisition qui les rendent opposables aux tiers (1).

L'intérêt de cette question est évident. Supposons que le patrimoine du débiteur soit grevé de plusieurs hypothèques générales inscrites à des dates différentes ; si on adopte le système que j'ai combattu, ces hypothèques auront des rangs variables en tant qu'elles porteront sur des biens présents, mais leur date sera la même relativement aux biens à venir puisqu'elles frapperont toutes l'immeuble acquis au même moment, c'est-à-dire au moment de l'acquisition. Si on admet au contraire que le rang est déterminé d'après la date de l'inscription unique, les créanciers à hypothèques générales ne concourront pas au marc le franc sur le bien entré dans le patrimoine du débiteur, mais ils viendront dans l'ordre que leur assignent les inscriptions par eux prises. Toutefois ce résultat n'est obtenu qu'à l'aide d'une fiction, très logique d'ailleurs, qu'il faut prendre garde d'étendre et dont on doit restreindre l'application aux seuls créanciers du débiteur qui a acquis l'immeuble ; si par exemple des hypothèques grevaient cet immeuble du chef de celui qui l'a aliéné, il est certain qu'elles primeraient celles des créanciers de

(1) Lyon, 18 février 1829 (Sir. 1829, II, 239). — Caen, 18 juin 1835 et 5 avril 1856.

l'acquéreur, alors même que leur inscription serait postérieure.

On peut donc conclure que toujours et dans tous les cas, le rang de l'hypothèque judiciaire est fixé par la date de l'inscription; en d'autres termes il faut dire qu'elle est soumise sans aucune exception au principe essentiel de la publicité de l'article 2134.

C'est là tout au moins un progrès considérable réalisé sur la législation antérieure au droit intermédiaire. Quant au principe de la spécialité, nous avons vu que le Code civil n'a pas consacré l'innovation de la loi du 11 brumaire an VIII et en est revenu, bien à tort du reste, selon moi, aux anciens errements.

§ II

A partir de quel moment peut-on inscrire l'hypothèque judiciaire ?

Dans l'ancien droit, nous avons vu que l'efficacité de l'hypothèque se produisait au moment même de sa naissance, puisque la formalité de l'inscription n'existait pas. Mais sur l'époque de la naissance de l'hypothèque, des controverses nombreuses s'étaient élevées, et si en général on la faisait résulter de la prononciation du jugement, certaines exceptions avaient été apportées à ce principe. Ainsi pour les jugements de reconnaissance de cédules, l'hypothèque remontait au jour de la contestation (articles 92 et 93 de l'ordonnance de 1539). De plus on discutait assez vivement le point de savoir si l'hypothèque provenant de condamnations pécuniaires relatives à des crimes ou à des délits pre-

nait rang du jour du jugement ou du jour de l'infraction. Une déclaration du 13 juillet 1700 vint consacrer la première solution qui du reste triomphait déjà dans la pratique. Au contraire pour les jugements par défaut, on avait retardé l'apparition de l'hypothèque jusqu'à la signification du jugement à procureur (article 11 titre 35 de l'ordonnance de 1667).

Maintenant la naissance de l'hypothèque ne peut plus donner lieu à aucune difficulté. L'article 2123 l'attache aux jugements, elle résulte donc *ipso facto* de la prononciation de la condamnation. Mais comme l'hypothèque ne peut produire d'effet à l'égard des tiers que par l'inscription, la question n'est que déplacée, et il faut se demander à partir de quel moment l'hypothèque peut être inscrite ?

Le principe qu'on doit mettre en évidence est celui-ci : la force hypothécaire attachée aux décisions judiciaires étant différente de la force exécutoire et l'inscription de l'hypothèque ne constituant qu'une simple mesure conservatoire, cette formalité pourra être accomplie par le créancier aussitôt qu'il aura réuni et remis au conservateur des hypothèques les pièces exigées par la loi.

L'inscription peut donc avoir lieu dès le jour du jugement, si ce jour même le créancier en a obtenu une expédition, ou si le conservateur a consenti à y procéder sur le vu de la minute lorsque la décision contient une disposition dans ce sens ; il peut même se contenter de l'affirmation du débiteur ou de la connaissance indirecte qu'il aurait du jugement, car l'ex-

pédition n'est exigée que dans son intérêt et pour mettre sa responsabilité à couvert.

Toutes ces règles s'appliquent aussi bien aux jugements en premier ressort qu'aux jugements en dernier ressort, aux jugements par défaut qu'aux jugements contradictoires. Pour les jugements en premier ressort la déclaration du 10 juillet 1566 avait sur ce point modifié l'ordonnance du mois de février de la même année. Quant aux jugements par défaut, le Code n'a pas reproduit la disposition de l'ordonnance de 1667, et l'article 2123 les assimile complètement aux jugements contradictoires. Une théorie, du reste à peu près abandonnée maintenant, a cependant essayé de soutenir que l'hypothèque ne pourra être inscrite avant la signification ou avant l'expiration du délai de huitaine à partir de la signification, lorsque le jugement est par défaut ou n'est pas exécutoire par provision. Elle invoque les articles 147, 155 et 450 du Code de procédure qui ont organisé ces délais. Elle ajoute que l'appel étant suspensif doit empêcher l'inscription, et qu'enfin la nécessité de signifier le jugement n'apporte aucun retard à l'inscription puisque le créancier doit en présenter une expédition au conservateur.

J'ai déjà répondu par avance à ces arguments en faisant remarquer que l'expédition du jugement n'est exigée que dans l'intérêt du conservateur, et du reste si l'on suppose que le conservateur la réclame, le créancier sera souvent en mesure d'inscrire l'hypothèque avant que la signification ait été faite ; il en est ainsi lorsque le débiteur est domicilié à une dis-

tance assez éloignée. Quant aux articles 147, 155, 450 du Code de procédure ils se rapportent à l'exécution des jugements; or d'après l'esprit du Code civil, l'hypothèque judiciaire n'est qu'un préliminaire, une garantie de l'exécution, mais elle ne constitue pas un acte d'exécution. Elle ne réalise pas (si on peut employer cette expression) les condamnations prononcées contre le débiteur, et n'a pas pour résultat d'amener même indirectement cette réalisation. Elle doit simplement maintenir les droits du créancier, et elle est si peu un acte d'exécution qu'une saisie immobilière peut avoir lieu alors même que le créancier n'aurait pas inscrit l'hypothèque attachée au jugement en vertu duquel il saisit; en agissant ainsi il s'expose seulement à ne pas retirer de la saisie tout le bénéfice que l'hypothèque inscrite aurait pu lui assurer. D'ailleurs la nécessité pour le créancier d'attendre l'expiration de ces délais lui causerait le plus grave préjudice, car le débiteur serait maître d'aliéner dans l'intervalle ses immeubles, et la preuve de sa mauvaise foi serait le plus souvent difficile à faire.

S'il ne faut pas faire de distiction entre les sentences relativement à l'époque à partir de laquelle l'hypothèque peut être inscrite, il est certain qu'en ce qui concerne les jugements en premier ressort ou par défaut le sort de l'inscription et par suite celui de l'hypothèque sont subordonnés à la décision qui interviendra sur l'appel ou l'opposition. Si le premier jugement est confirmé, l'hypothèque sera également confirmée et conservera le rang déterminé par son

inscription. Si le jugement est infirmé en totalité, l'hypothèque disparaît et l'inscription reste sans effet ; s'il ne l'est qu'en partie, l'hypothèque se restreint dans la mesure où la condamnation est réduite. Toutefois, il faut remarquer que dans le cas d'infirmation totale, le conservateur peut se refuser à radier l'inscription si le jugement rendu sur appel ou opposition ne le lui ordonne pas expressément ; car aux termes de l'article 2157 la radiation n'est obligatoire pour le conservateur que sur le consentement du créancier ou la production d'un jugement imposant directement cette radiation.

On peut donc poser en principe que l'inscription peut être prise immédiatement après la naissance de l'hypothèque judiciaire dont l'efficacité dépend par conséquent de la diligence du créancier.

Cette règle ne souffrait pas d'exception sous le Code civil de 1804, mais nous avons vu que la loi du 3 septembre 1807 est venue lui en apporter une relativement à l'hypothèque résultant des jugements de reconnaissance ou vérification d'écritures. Je n'ai sur ce point qu'à me référer aux explications précédemment données

Il est certain aussi que les parties pourraient, soit avant le jugement, soit après, convenir de retarder pendant un certain temps l'inscription de l'hypothèque. Une pareille convention n'aurait rien de contraire à l'ordre public (1).

(1) Cass. 20 juin 1854 (Sir. 1854, I, 601).

§ III

Jusqu'à quel moment l'hypothèque judiciaire peut-elle être inscrite ?

En thèse générale le créancier est absolument libre d'inscrire l'hypothèque quand bon lui semble ; il n'a à prendre conseil que de ses intérêts. Mais il y a certains faits juridiques qui, sans éteindre l'hypothèque judiciaire elle-même, lui enlèvent son efficacité et en empêchent l'inscription. Ce sont là des circonstances que je dois maintenant examiner brièvement, car elles ne sont pas spéciales à l'hypothèque judiciaire.

L'un de ces cas ne constitue pas en réalité une exception, mais une impossibilité d'inscrire dérivant de l'application de ce principe essentiel qu'une hypothèque ne peut se concevoir indépendamment d'un immeuble auquel elle s'applique. Quand le débiteur a aliéné un immeuble, le créancier, au profit duquel le droit réel n'avait qu'une existence purement latente, ne peut plus inscrire à partir de la quinzaine de la transcription (loi du 23 mars 1855, article 6), ou si l'aliénation provient d'une expropriation pour cause d'utilité publique, après l'expiration d'un délai de quinzaine qui a pour point de départ le jour de la transcription du jugement d'adjudication (loi du 3 mai 1841, article 17). Sur ce point il ne peut y avoir de difficulté.

Mais supposons qu'un créancier purement chirographaire obtienne contre son débiteur un jugement

postérieur à la vente d'un immeuble faite par ce débiteur, l'hypothèque judiciaire pourra-t-elle encore être inscrite sur l'immeuble avant la transcription de la vente ?

La question est forte délicate, elle met en jeu les principes essentiels de la loi du 23 mars 1855 sur la nature et les effets de la transcription, et son examen approfondi ne rentre pas directement dans le cadre de mon sujet, aussi je ne ferai que la résumer brièvement.

M. Mourlon (1) décide, tout en trouvant cette conséquence de la loi de 1855 fort regrettable, que le défaut de transcription ne peut pas être opposé par le créancier, et que par conséquent l'hypothèque ne grèvera pas l'immeuble ainsi aliéné. MM. Aubry et Rau sont d'un avis contraire (2). Un arrêt de la cour de Nancy rendu en 1876 (3) et qui consacre la première solution, a inspiré dans la revue critique deux articles remarquables dus à MM. Binet et Labbé.

M. Binet (4) adopte la manière de voir de l'arrêt de la cour de Nancy de 1876 et de M. Mourlon. Il résulte, dit-il, de l'article 3 de la loi de 1855 et du rapport de M. Belleyme sur cette loi, que les créanciers chirographaires ne peuvent pas opposer le défaut de transcription des ventes faites par leur débiteur. Or au moment de la vente, le créancier qui veut inscrire une

(1) Mourlon. Traité de la transcription, tome II, n° 490.
(2) Aubry et Rau. Tome II, n° 209, note 80
(3) Nancy, 14 juin 1876 (Sir. 1878, II, 33).
(4) Revue critique. 1877, page 433.

hypothèque judiciaire née postérieurement était un créancier chirographaire ; à son égard l'aliénation a donc produit tous ses effets indépendamment de la transcription, et l'immeuble est sorti définitivement du patrimoine de son débiteur par le seul fait du contrat. Comment dès lors pourrait-il acquérir par la suite, du chef de son débiteur, un droit réel sur l'immeuble aliéné, puisqu'aux termes des articles 2122 et 2123 § 2 l'hypothèque ne peut frapper les immeubles du débiteur qui, au jour où elle est née, étaient sortis de son patrimoine au respect du créancier?

Cette théorie ne me paraît pas admissible, et M. Labbé (1) a fort bien dégagé le vice de cette argumentation au premier abord très-séduisante, il faut le reconnaître, par la logique apparente de ses déductions : « *Pour savoir,* dit M. Labbé, *qui peut invo-* « *quer le défaut de transcription, il faut se placer,* « *non au point de vue de la personne et de son unité* « *morale, mais au point de vue des droits dont la per-* « *sonne est investie.* »

Le droit d'invoquer le défaut de transcription n'est pas réservé à telles et telles personnes à raison de l'ignorance où elles ont pu se trouver de la vente qui a été faite, mais simplement pour protéger les droits réels immobiliers dans un but d'intérêt général. Aussi, ce n'est pas à telle ou telle personne qu'on permet d'opposer le défaut de transcription, mais aux titulaires de tels ou tels droits réels ; et si les créanciers

(1) Revue critique. 1878, page 383.

chirographaires ne sont pas considérés comme des tiers dans le sens de l'article 3 de la loi de 1855, ce n'est pas parce qu'ils sont réputés connaître une vente qu'ils ignorent le plus souvent en réalité, mais parce qu'ils n'ont que des droits personnels qu'on n'a pas cru devoir protéger spécialement.

Ce fondement du droit d'opposer le défaut de transcription est très généralement admis, et en conséquence presque tous les auteurs, appliquant en notre matière l'article 1071, décident que la connaissance de la vente n'empêcherait pas les tiers d'opposer le défaut de transcription. Dès lors, du moment où le créancier chirographaire a acquis un droit réel sur l'immeuble, sa situation est analogue à celle de toute personne au profit de laquelle une hypothèque aurait été constituée entre la vente et la transcription ; il devient un tiers dans le sens que l'article 3 de la loi de 1855 attache à ce mot. L'immeuble n'était sorti à son égard du patrimoine du débiteur que pour le cas où il aurait voulu exercer sur lui son droit personnel et le saisir en vertu du droit de gage général conféré par l'article 2092 ; mais lorsqu'il laisse de côté sa qualité du créancier chirographaire et veut invoquer un droit réel, pourquoi ne pas le traiter comme un véritable tiers ?

La solution contraire serait en contradiction manifeste avec l'esprit de la loi de 1855, et M. Mourlon lui-même est obligé de le reconnaître. On a voulu, en effet, protéger les droits réels dans l'intérêt du développement du crédit ; or on arriverait

ainsi à refuser cette protection aux titulaires de ces droits réels dans les hypothèses les plus favorables. Supposons qu'après la vente et avant la transcription, le vendeur contracte envers un tiers une obligation qu'il garantit par une hypothèque sur l'immeuble aliéné, ce tiers pourra se prévaloir du défaut de transcription ; si au contraire l'obligation a été contractée antérieurement à la vente, l'hypothèque sera nulle malgré l'ignorance où le créancier a pu être de l'aliénation. De même un créancier chirographaire accepte d'un débiteur un immeuble en dation en paiement, et il fait transcrire cette dation en paiement sans savoir que son débiteur avait vendu l'immeuble ; la dation en paiement sera nulle, et malgré la transcription qu'il a effectuée on pourra lui opposer la vente non transcrite faite par son débiteur. Ces conséquences logiques de la théorie de M. Binet sont inadmissibles ; la loi de 1855 n'a pu laisser subsister des atteintes aussi graves au principe qu'elle édictait.

Du reste le 27 décembre 1879, la cour de Nancy (1) a complètement abandonné sa théorie de 1876 dans les termes suivants qui résument très exactement les principes que M. Labbé a mis en lumière : « *attendu* « *que sous la dénomination de tiers, et au point de* « *vue de la loi de 1855, il faut comprendre tous ceux* « *qui ayant acquis sur l'immeuble, antérieurement à la* « *transcription de la vente, soit des droits de pro-* « *priété, soit de simples droits réels, les ont eux-mê-*

(1) Nancy, 27 décembre 1879 (Sir. 1880, II, 174). — Tribunal du Hâvre, 12 janvier 1883 (journal des avoués de 1884, art. 6046).

« *mes, avant cette époque, rendus publics sur les*
« *registres de la conservation des hypothèques ; qu'en*
« *effet la loi du 23 mars 1855, pour obvier aux incon-*
« *vénients de toute sorte que présentait la clandestinité*
« *des mutations relatives à la propriété ou aux dé-*
« *membrements de la propriété immobilière, a orga-*
« *nisé un système de publicité, suivant lequel la date*
« *des inscriptions ou des transcriptions est devenue*
« *en principe l'unique cause de priorité des divers*
« *droits qui grevant un même immeuble, peuvent se*
« *trouver aux prises les uns avec les autres.....»*

J'arrive aux hypothèses où l'immeuble n'est pas sorti du patrimoine du débiteur.

En premier lieu, l'article 448 du Code de commerce décide que le jugement déclaratif de faillite arrête complètement le cours des inscriptions. Quant à celles qui ont été prises depuis l'époque à laquelle a été fixée la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent, elles pourront être annulées s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre l'inscription et l'acte constitutif du privilège ou de l'hypothèque ; cet acte constitutif est pour nous le jugement, de sorte qu'en notre matière le délai court du jour du jugement. Avant la loi du 28 mai 1838, toute inscription prise dans les dix jours précédant la cessation des paiements était nulle sans aucune distinction. C'était exagérer l'application d'une idée vraie en elle-même ; aussi depuis cette loi, l'inscription prise malgré l'article 448 n'est pas absolument nulle vis-à-vis de tout le monde ; vis-

à-vis du failli et de ses créanciers postérieurs elle produira tous ses effets ; c'est à l'égard de la masse seulement qu'elle demeurera inefficace.

Il faut remarquer que la loi commerciale autorise plus facilement la conservation des hypothèques que leur constitution dans le cas d'une faillite ; nous avons vu, en effet, que l'article 446 annule sans distinction dans toutes les hypothèses la constitution de l'hypothèque faite dans les dix jours qui précèdent l'époque de la cessation des paiements. Je rappelle en outre que l'article 448 pas plus que l'article 446 ne doit s'appliquer à la déconfiture, ni même, je crois, à la cession de biens.

En second lieu l'article 2146 arrête les cours des inscriptions sur les immeubles d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire.

La disposition de l'article 2146, qui s'applique également aux successions vacantes et aux successions répudiées, repose sur une présomption d'insolvabilité dont l'exactitude et la raison d'être ont été très vivement critiquées, non sans motif. Il est très arbitraire, en effet, de mettre les créanciers à la merci de deux événements qui leur sont absolument étrangers, c'est-à-dire la mort du débiteur et l'acceptation bénéficiaire que l'héritier fera peut-être uniquement en vue de restreindre leurs droits. Il est, de plus, souvent inexact de dire que l'acceptation bénéficiaire suppose l'insolvabilité du *de cujus* ; elle est imposée par exemple aux mineurs et aux interdits, et dans ce cas on applique cependant l'article 2146. D'ailleurs en

fût-il ainsi, ce ne serait pas une raison pour enlever aux créanciers les causes légitimes de préférence qui étaient nées à leur profit pendant la vie de leur débiteur, et dont ils n'avaient peut-être négligé d'assurer la conservation que dans l'intérêt de ce débiteur.

Aussi, pour ne citer qu'un seul exemple, le Code italien (articles 955 et 981 n° 2) accorde aux créanciers le délai d'un mois, à partir de la publicité donnée à l'acceptation bénéficiaire, pour conserver leurs droits.

L'hypothèse dans laquelle je viens d'étudier l'article 2146 est celle où il s'agit de l'inscription d'une hypothèque née antérieurement au décès du *de cujus*. J'ai montré plus haut, dans le chapitre III du titre II, que l'article 2146 met obstacle à la naissance d'une hypothèque judiciaire qui résulterait des jugements rendus contre la succession après le décès du débiteur.

CHAPITRE II

RÉDUCTION DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

En déterminant le caractère de l'hypothèque judiciaire, nous avons maintes fois constaté que le Code civil, modifiant les dispositions du droit intermédiaire, lui avait restitué la généralité qu'elle possédait dans l'ancien droit. J'ai déjà fait prévoir que cette généralité absolue donnait lieu à l'une des plus vives critiques formulées contre notre institution ; c'est là un point sur lequel j'aurai bientôt à revenir. Mais à ce principe la loi elle-même apporte un tempérament dans l'article 2161 ainsi conçu : « *Toutes les fois que « les inscriptions prises par un créancier qui, d'après « la loi, aurait droit d'en prendre sur les biens pré- « sents ou sur les biens à venir d'un débiteur, sans « limitation convenue, seront portées sur plus de do- « maines différents qu'il n'est nécessaire à la sûreté des « créances, l'action en réduction des inscriptions, ou « en radiation d'une partie en ce qui excède la pro- « portion convenable, est ouverte au débiteur. On y « suit les règles de compétence établies dans l'article « 2159.*

« *La disposition du présent article ne s'applique pas « aux hypothèques conventionnelles.* »

L'article 2161 et les articles suivants (2162 à 2166) organisent la théorie de la réduction.

Des divergences assez nombreuses se sont produites

sur la portée qu'il faut attribuer à l'article 2161 ; je ne dois en faire ici qu'une simple mention.

Grenier (1) veut appliquer l'article 2161 aux hypothèques conventionnelles qui portent sur les biens à venir du débiteur dans les termes de l'article 2130. Il fait remarquer que l'hypothèque conventionnelle ainsi étendue doit être rapprochée de l'hypothèque judiciaire et de l'hypothèque légale, et qu'on ne peut laisser le débiteur à la merci de son créancier. Cette extension de l'article 2161 serait peut-être désirable, mais elle ne me paraît pas possible en présence des termes formels dont se sert ce texte. L'hypothèque sur les biens à venir prévue par l'article 2130 ne cesse pas d'être conventionnelle puisqu'elle a sa source dans une convention, et c'est par le fait juridique qui lui a donné naissance qu'on doit apprécier le caractère d'une hypothèque.

D'autres auteurs, au lieu d'étendre l'article 2161, ont voulu le restreindre aux hypothèques judiciaires. Telle est l'opinion de M. Pont (2). Il est vrai, en effet, que la réduction des hypothèques légales est prévue par d'autres textes du Code civil en dehors de l'article 2161, ou par des lois spéciales. Tels sont les articles 2143, 2144, 2145 pour l'hypothèque légale des femmes mariées, des mineurs et des interdits; le décret du 11 thermidor an XII qui dispose que les receveurs des établissements de charité « *ne peuvent consentir au-* « *cune radiation, changement ou limitation d'inscrip-*

(1) Grenier. Tome I, n° 63.
(2) Pont. Tome X, articles 2123 et 2161, n° 600.

« *tions hypothécaires, qu'en vertu d'une décision* « *spéciale du conseil de préfecture, prise sur une* « *proposition formelle de l'administration et l'avis du* « *comité consultatif établi près de chaque arrondisse-* « *ment municipal* »; enfin l'article 15 de la loi du 16 septembre 1807, relative à l'organisation de la cour des comptes, d'après lequel « *la cour prononcera* « *sur les demandes en réduction formées par les comp-* « *tables encore en exercice, ou par ceux hors d'exer-* « *cice dont les comptes ne sont pas définitivement* « *apurés, en exigeant les sûretés suffisantes pour la* « *conservation des droits du trésor.* »

Cette manière de voir n'est cependant pas généralement suivie, et la plupart des auteurs, se basant sur les termes très-généraux de l'article 2161, l'appliquent aux hypothèques légales. Troplong (1) a tenté de concilier l'article 2161 avec les articles 2143 et 2144, mais son explication me parait plus ingénieuse et plus subtile qu'exacte, et je serais assez disposé à me ranger à l'opinion de M. Pont.

Quoi qu'il en soit, il est hors de doute que l'article 2161 s'applique aux hypothèques judiciaires.

Avant d'étudier les conditions nécessaires à son exercice, il faut remarquer que la réduction prévue par l'article 2161 est la réduction judiciaire qui intervient sans le consentement du créancier, souvent même malgré sa volonté contraire. Il est certain, en effet, que les parties peuvent, par une convention

(1) Troplong. Privilèges et hypothèques, n° 747.

amiable, réduire l'hypothèque. L'article 2157 les y autorise, et le conservateur devra alors radier ou réduire l'inscription sur l'expédition de l'acte authentique portant consentement. Ici encore je rappelle que cette expédition, et partant l'acte authentique lui-même, ne sont exigés que dans l'intérêt du conservateur qui peut se contenter d'un acte sous-seing privé.

Supposons donc avec les articles 2161 et suivants que l'action en réduction est portée en justice devant le tribunal.

Le débiteur peut invoquer deux causes de réduction.

A. — Le premier cas est celui où le titulaire d'une créance indéterminée, conditionnelle ou éventuelle, en a fait dans l'inscription une évaluation exagérée (article 2163).

Ayant admis que les créanciers qui inscrivent une hypothèque judiciaire doivent toujours évaluer leurs créances, je dois nécessairement décider que cette cause de réduction est applicable à l'hypothèque judiciaire comme aux hypothèques conventionnelles.

L'article 2164 abandonne l'appréciation de l'excès de l'évaluation à la sagesse des tribunaux ; il indique les principales considérations qui doivent les guider et son texte ne fait en réalité que reproduire et consacrer des règles de bon sens : « *l'excès dans ce cas est* « *arbitré par les juges, d'après les circonstances, les* « *probabilités des chances et les présomptions de fait,* « *de manière à concilier les droits vraisemblables du*

« *créancier, avec l'intérêt du crédit raisonnable* à « *conserver au débiteur.* » L'article 2164 ajoute que de nouvelles inscriptions pourront être prises, si l'événement demontre que l'évaluation n'était pas exagérée ou porte la créance à un chiffre plus élevé. Tel est le cas, par exemple, où une inscription a été prise dans le but de conserver une hypothèque judiciaire résultant d'un jugement qui ordonne une reddition de compte. La créance éventuelle a été évaluée, le débiteur a fait réduire l'inscription, puis le compte apuré il se trouve que l'évaluation était insuffisante ; une nouvelle inscription sera prise, seulement pour le surplus l'hypothèque ne prendra rang que du jour de cette nouvelle inscription ; c'est là un résultat fâcheux mais que le principe de la publicité commande incontestablement (article 2164).

Il est évident, et l'article 2163 avait à peine besoin de le dire que la réduction ne peut avoir lieu quand le chiffre de l'évaluation a été arrêté par les deux parties d'accord.

B. — Dans le premier cas la réduction était relative au montant de la créance garantie.

Au contraire, lorsque la réduction est prononcée d'après l'application de l'article 2161, elle porte sur les immeubles affectés à l'hypothèque ; elle diminue le gage du créancier en laissant intact le chiffre de la créance garantie.

A vrai dire, cette seconde hypothèse de réduction constitue seule une exception au principe de la géné-

ralité ; dans la première le caractère originaire de l'hypothèque judiciaire subsiste, puisque c'est l'étendue de la créance et non celle du gage qui est restreinte.

A quelles conditions l'action du débiteur peut-elle réussir ?

On a prétendu d'abord qu'il était indispensable que sa dette fût affectée d'un terme ; en effet, dit-on, si le montant de la condamnation est actuellement exigible, il ne peut se plaindre de la gêne que la généralité de l'hypothèque lui cause, car il dépend de lui de la faire disparaître par un paiement. Cette condition ne doit pas, je crois, lui être imposée. Aucun texte ne l'exige, et de plus l'argument que l'on fait ne peut porter parce qu'il irait beaucoup trop loin ; même lorsque le montant de la condamnation n'est pas actuellement exigible, le débiteur pourrait presque toujours se débarrasser de l'hypothèque en payant, car le plus souvent le terme a été stipulé dans son seul intérêt et il lui est permis d'y renoncer ; tel est le cas, par exemple, où le jugement lui accorde un délai de grâce (article 1244). Si l'objection était vraie, l'article 2161 ne devrait s'appliquer que dans l'hypothèse très rare où le terme a été créé en faveur du créancier ; il perdrait ainsi presque toute son utilité.

Cette condition doit donc être écartée. Voyons celles dont la nécessité est indiscutable.

1° Il faut qu'il n'y ait pas eu de limitation convenue (2161) ; s'il est intervenu un accord entre les parties, l'une d'elles ne peut revenir sur la convention qu'elle

a librement passée. La justice n'a pas le droit, sous prétexte de sauvegarder le crédit du débiteur, de substituer sa décision à celle que ce débiteur, appréciant ses intérêts en connaissance de cause, a prise en vue de renoncer à l'exercice de son action en réduction. De plus, l'hypothèque ainsi réduite d'après le consentement des parties, est devenue en quelque sorte une hypothèque conventionnelle à laquelle nous avons vu que l'article 2161 ne saurait s'appliquer.

2° Il faut que l'inscription porte sur plus de domaines (1) différents qu'il n'est nécessaire à la sûreté de la créance.

Si donc le débiteur ne possédait qu'un seul domaine, quelle que fût son étendue, l'inscription ne saurait être réduite. Cette condition tient à l'indivisibilité de l'hypothèque ; cependant comme l'article 2161 contient une exception aux règles générales, on doit l'interpréter restrictivement et décider, que même dans le cas où un domaine serait plus étendu que la sécurité du créancier ne l'exigerait et se composerait de parties divisibles, ce domaine unique devrait néanmoins demeurer affecté tout entier à l'hypothèque. La solution contraire ouvrirait le champ à l'arbitraire, et je ne puis l'adopter malgré l'autorité de Duranton qui l'a énergiquement soutenue (2). Du reste les tribunaux apprécieront souverainement en fait ce qui constitue le domaine.

(1) Le mot domaine doit être pris ici comme synonyme du mot immeuble.

(2) Duranton. Tome XX, n° 209.

3° Il faut (2161) que les inscriptions soient excessives, c'est-à-dire qu'elles portent sur plus de biens qu'il n'est nécessaire à la sûreté du créancier.

Pour savoir si l'inscription est excessive, il faut d'abord connaître le montant des créances garanties, puis, en le rapprochant de la valeur des immeubles grevés, voir si cette valeur dépasse sensiblement celle de la créance.

Le montant de la créance est établi par l'inscription qui doit en contenir le chiffre exact, ou au moins approximatif si elle est indéterminée. Lorsque la créance est simplement évaluée, si l'évaluation est trop considérable, nous avons vu que le débiteur peut en demander la diminution, de sorte que l'action en réduction de l'évaluation sera quelquefois le préliminaire de l'action en réduction de l'étendue de l'hypothèque. Au principal de la créance il faut joindre les accessoires, c'est-à-dire les frais, dépens, intérêts, dommages-intérêts, etc... mais non les intérêts ou arrérages à échoir, car l'hypothèque ne les garantit qu'au moyen d'inscriptions successives n'ayant d'effet qu'à leur date.

Quant à la valeur des immeubles, l'article 2165 établit d'après quels procédés le tribunal doit la fixer. Le tribunal ne doit pas avoir recours à l'expertise qui semblerait le moyen le plus naturel; on a considéré que cette procédure est fort longue et entraînerait des frais considérables. Les juges auront d'abord à rechercher quel est le revenu de l'immeuble; dans ce but ils consulteront la matrice du rôle de la

contribution foncière ou la cote de la contribution sur le rôle. Les indications peuvent être insuffisantes ou inexactes ; c'est même l'hypothèse la plus fréquente, aussi l'article 2165 permet aux juges d'éclairer leur religion en consultant « *les baux non-suspects, les* « *procès-verbaux d'estimation qui ont pu être dressés* « *précédemment à des époques rapprochées et autres* « *actes semblables, et évaluer le revenu au taux moyen* « *entre les résultats de ces divers renseignements.* »

Le chiffre du revenu ainsi obtenu, pour avoir celui du capital on le multiplie par dix ou par quinze suivant que les immeubles sont sujets ou non à dépérissement. La détermination du point de savoir si l'immeuble est sujet à dépérissement est abandonnée à l'appréciation du tribunal ; toutefois on considère surtout comme susceptibles de dépérissement les bâtiments, les vergers qui perdent une partie de leur valeur lorsqu'ils ne sont pas entretenus ; les terres labourables au contraire, les prés, en un mot généralement les immeubles non-bâtis sont rangés dans la catégorie inverse.

Enfin le tribunal compare le montant de la créance à la valeur de l'immeuble, et il ne peut réduire l'hypothèque que si la valeur des immeubles excède au moins d'un tiers en fonds libres celle de la créance.

Il est facile de constater que les droits du créancier sont amplement sauvegardés ; non seulement le gage qu'on lui conserve serait largement suffisant si l'immeuble était estimé à son juste prix, mais encore

l'estimation faite par le juge est toujours sensiblement au-dessous de la vérité.

Il faut remarquer encore que la réduction ne doit être accordée qu'autant qu'il est possible de concentrer l'hypothèque ainsi diminuée sur un ou plusieurs immeubles entiers. La loi n'a pas voulu toucher au principe de l'indivisibilité, et les immeubles grevés ne pourront l'être pour partie ; ils doivent demeurer affectés à l'hypothèque dans leur intégralité.

Lorsque toutes ces conditions sont réunies, les juges prononcent la réduction de l'inscription qui par là même entraîne celle de l'hypothèque. Le tribunal compétent est désigné par l'article 2159 ; c'est en principe celui de l'arrondissement où l'inscription a été prise, exceptionnellement cependant lorsque l'inscription a lieu « *par suite d'une condamnation éventuelle « ou indéterminée sur l'exécution ou liquidation de « laquelle le débiteur et le créancier prétendu sont en « instance ou doivent être jugés devant un autre tri- « bunal ; auquel cas la demande en radiation doit y « être portée ou renvoyée.* »

Si plusieurs inscriptions ont été prises dans des arrondissements distincts, il faudra autant d'instances en réduction portées devant des tribunaux différents qu'il y a d'arrondissements.

Le jugement qui la prononce passé en force de chose jugée, la réduction s'opère par une radiation que fait le conservateur sur la présentation des pièces destinées à mettre sa responsabilité à couvert, c'est-à-dire

une expédition authentique du jugement et un certificat de non-opposition ou appel.

L'effet de la réduction est d'enlever en quelque sorte à l'hypothèque judiciaire son caractère général ; elle la spécialise et l'assimile à l'hypothèque conventionnelle. Les biens à venir sont complètement dégagés ; les biens présents sur lesquels on a cessé de faire porter l'inscription sont également dégrevés. L'étendue de l'hypothèque se fixe définitivement telle qu'elle résulte du jugement. D'un côté elle devient irréductible, d'autre part le créancier ne peut plus l'augmenter que dans le cas où l'article 2131 permet d'obtenir un supplément d'hypothèque, mais alors l'extension donnée à son gage ne prendra date qu'au jour de la nouvelle inscription.

TROISIÈME PARTIE

Législations étrangères

Examen critique de l'hypothèque judiciaire

La division de cette troisième partie en deux titres est nécessairement indiquée.

J'aurai à me demander successivement :

1° Quel est l'état des principales législations étrangères relativement à l'hypothèque judiciaire ?

2° Quelles objections ont été formulées contre l'hypothèque judiciaire ; par quelles institutions principales a-t-on voulu la remplacer ; que faut-il penser de ses institutions ?

TITRE I

Législations étrangères

Il me serait impossible d'examiner ici complètement et en détail les règles des institutions qui, dans les principaux pays civilisés, correspondent à notre hypothèque judiciaire.

Je rechercherai simplement quels sont, dans chaque législation, les principes essentiels de l'hypothèque judiciaire en elle-même ou des institutions analogues, et les règles fondamentales de l'exécution des jugements étrangers.

Parfois le défaut de renseignements me forcera à n'étudier qu'un de ces deux points.

ALLEMAGNE

§ I

L'hypothèque judiciaire existe en Allemagne, mais avec un caractère différent de celui qu'elle revêt chez nous. Elle ne résulte (article 14 de la loi du 5 mai 1872) que des jugements emportant exécution, c'est-à-dire prononçant une condamnation à une somme d'argent immédiatement exigible.

De plus elle n'est pas générale, elle est soumise à inscription et ne peut grever que les biens présents du débiteur. Il faut une inscription sur chaque im-

meuble qu'on veut lui affecter, et l'inscription est requise par le juge (1).

A côté de l'hypothèque judiciaire, il existe en Allemagne comme dans quelques autres pays, un système appelé système des prénotations.

D'une façon générale, tout créancier qui a un droit vraisemblable et éventuel à exiger une inscription définitive, et spécialement en ce qui concerne notre matière, tout titulaire d'une créance susceptible d'être consacrée par un jugement définitif, peut faire inscrire une prénotation.

Mais cette mesure n'est prise que si le tribunal trouve le droit du créancier vraisemblable, si ce droit est appuyé sur des preuves ou des présomptions suffisantes (articles 22 et 70 de la loi du 5 mai 1872).

La prénotation rend indisponible l'immeuble auquel elle s'applique. Si la prétention du créancier est rejetée, la prénotation disparaîtra par une radiation ; si le droit du créancier est reconnu, une inscription prise en face de la prénotation rendra l'hypothèque définitive en lui donnant pour point de départ la date de la prénotation, de sorte que les créanciers postérieurs devront passer après celui au profit duquel la prénotation aura été faite.

§ II

Les articles 660 et 661 du Code de procédure du 30 janvier 1877, mis en vigueur le 1er octobre 1879,

(1) Annuaire de législation étrangère ; année 1873, pages 215 et s. s., traduction de la loi du 5 mai 1872 et notes.

contiennent, pour l'exécution des jugements étrangers, des règles précises applicables à tous les Etats de la Confédération germanique.

Le système allemand est basé sur le principe de la réciprocité.

S'il n'y a pas réprocité, le jugement étranger ne peut produire aucun effet en Allemagne.

Si au contraire la réciprocité existe (et il n'est pas nécessaire qu'elle soit constatée par des traités, il suffit qu'elle ait lieu en fait), le jugement étranger est exécuté en Allemagne, pourvu qu'il soit accompagné d'une sentence *d'exequatur* rendue par le tribunal allemand compétent.

L'*exequatur* ne peut être refusé que dans les cas suivants (article 661) : 1° quand le jugement étranger n'a pas acquis l'autorité de la chose jugée d'après les dispositions de la loi sous l'empire de laquelle il a été rendu ; 2° lorsque l'exécution aurait pour effet de contraindre à l'accomplissement d'un acte à l'égard duquel la contrainte ne peut être appliquée, d'après le droit qui régit le tribunal allemand appelé à statuer sur l'admissibilité de l'exécution forcée ; 3° si le jugement étranger a été rendu par un tribunal incompétent d'après le droit qui régit le tribunal allemand appelé à statuer sur l'admissibilité de l'exécution forcée ; 4° si le débiteur condamné est de nationalité allemande et ne s'est pas défendu, à moins qu'il n'ait été régulièrement et personnellement assigné.

Si aucune de ces circonstances ne se présente, le

jugement *d'exequatur* est accordé, sans que le tribunal ait à rechercher si la décision est conforme à la loi (article 661).

Pour savoir si la réciprocité est garantie, on se réfère à la loi ou à la jurisprudence du pays d'où émane le jugement; aussi, il est certain que les jugements français ne sont jamais exécutés en Allemagne, sauf bien entendu dans la Bavière et l'Alsace-Lorraine, en raison du traité conclu en 1846 et renouvelé en 1871 que j'ai examiné plus haut (1).

La législation allemande est donc plus libérale que la législation française sur ce point; il faut remarquer même que dans le projet du Code de procédure rédigé par le conseil fédéral, la condition de réciprocité n'était pas exigée, elle fut introduite au cours des discussions devant le Reichstag.

Enfin les article 867 et 868 (Code procé.), assimilent complètement les sentences arbitrales étrangères aux sentences arbitrales allemandes. Elles sont exécutées en vertu d'un jugement d'exécution obtenu d'après les mêmes règles que si elles avaient été rendues en Allemagne et par des arbitres allemands (2).

(1) Voir *suprà*, page 224.

(2) Journal de droit international privé: 1882, page 25. — 1883, page 239. — 1884, pages 43 et 600.

Dans cette étude des législations étrangères je désignerai le journal de droit international privé par le seul mot de « journal ». — Même observation pour l'annuaire de législation étrangère.

ANGLETERRE

§ I

On ne connaît pas en Angleterre d'hypothèque judiciaire proprement dite.

L'exécution des jugements est confiée aux *shériffs* qui y procèdent sur un ordre de la cour de laquelle émane le jugement.

Ici plusieurs distinctions sont nécessaires.

A. — Si l'arrêt condamne la partie qui succombe à la restitution d'un immeuble déterminé, un *distringas* de la Cour, adressé au *shériff*, permet d'arriver à cette restitution.

B. — S'il s'agit de rentrer en possession d'un immeuble, ce résultat est atteint par un *habere facias possessionem* qui prescrit au *shériff* de faire remettre en possession le gagnant même *manû militari*.

C. — Si la condamnation consiste en une somme d'argent, plusieurs moyens sont ouverts à la partie qui a triomphé sur l'instance, grâce aux divers *writs* d'exécution délivrés par le greffier sur la demande de *l'attorney*.

1° *Writ of fieri facias*. — Ce *writ* prescrit la saisie et la vente des meubles. Du jour où le *sous-shériff* ou son représentant a commencé la procédure d'exécution, les meubles ne peuvent plus être aliénés par le débiteur ; dans l'intérêt du commerce et du crédit on doit respecter seulement les aliénations faites sur

un marché public. Il n'y a pas de délai fixe pour l'exécution du *writ*, elle doit simplement avoir lieu dans un temps convenable. Le prix des objets vendus est déposé entre les mains de l'*attorney* du créancier.

2° *Writ of elegit.* — Lorsque l'*attorney* a obtenu de la Cour le *writ of elegit*, il le remet au *shériff*. Celui-ci constitue un jury chargé de constater quels sont les biens mobiliers du débiteur, d'en faire l'inventaire et de les estimer. S'ils sont insuffisants pour payer la dette, on y ajoute la portion de biens immeubles nécessaire pour compléter, et on met le créancier en possession du tout; si le débiteur s'y oppose, le créancier a contre lui une action *of ejectment*.

Le créancier doit jouir des biens en bon père de famille; il en perçoit les revenus, les impute sur sa créance, et celle-ci une fois éteinte, il doit restituer les biens au débiteur. De plus une loi du 29 juillet 1864, modifiant des dispositions très anciennes et du reste à peu près analogues, décide que tout *writ of elegit* qui a pour but de faire délivrer un immeuble au créancier, doit être inscrit sur un registre *ad hoc* tenu d'après l'ordre alphabétique des débiteurs saisis.

Le créancier, une fois en possession de l'immeuble, peut demander un ordre de vente à la division de la Chancellerie de la Haute Cour (*order for sale*). Cet ordre est signifié aux autres créanciers qui ont aussi obtenu un jugement, et le prix est distribué entre eux à raison de leur rang déterminé par l'inscription du *writ*. L'ordre de vente et la saisie sont opposables

à ceux qui auraient acquis sur l'immeuble, du chef du débiteur, des droits réels postérieurs à la délivrance à fin d'exécution.

Cette inscription du *writ* sur le registre tenu au greffe de la Cour des Plaids communs donne au créancier un *mortgage* qui ressemble, dans une certaine mesure, à l'hypothèque judiciaire. Elle constitue au profit du créancier un droit réel opposable à tous les créanciers mortgagistes ou à tous les acquéreurs postérieurs; le débiteur devient incapable d'aliéner.

Ce résultat est produit alors même que le créancier ne serait pas en possession ; du reste le registre est public, et les tiers peuvent sauvegarder leurs intérêts en le consultant. Toutefois l'inscription ne produit cet effet qu'au bout d'un an ; de plus elle doit être renouvelée tous les cinq ans.

3° *Writ of capias ad satisfaciendum.* — Ce *writ* prescrit au *shériff* de mettre le débiteur en prison, il a donc pour but de permettre la contrainte par corps. Mais la contrainte par corps ayant été supprimée dans une très large mesure par l'acte de 1869, ce *writ* n'offre plus qu'un intérêt assez restreint (1).

§ II

En ce qui concerne l'exécution des jugements étrangers, la demande d'*exequatur* est inconnue en Angleterre. Le jugement rendu à l'étranger ne produit

(1) Glasson. Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre, tome VIII, pages 386, 390, 672 et s. s. — Lehr. Eléments du droit civil anglais, pages 159 à 161, 385, 386.

aucun effet comme jugement, il n'a pas l'autorité de la chose jugée ; seulement il emporte au profit de celui qui a triomphé un droit d'obligation simple, sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant que le jugement a été rendu *in rem* ou *in personam*. Telle est du moins la doctrine générale, car quelques auteurs ont prétendu, paraît-il, que les décisions *in personam* n'avaient aucune force en dehors du pays dont elles émanaient.

C'est ce droit d'obligation que la partie qui veut exécuter le jugement étranger, fait valoir devant les tribunaux anglais ; elle peut aussi l'opposer au moyen d'une exception très analogue à une véritable exception *rei judicatæ*.

Lorsque le jugement étranger a été rendu par une juridiction compétente, s'il a été procédé conformément aux règles de la justice naturelle, et si les principes d'ordre public ou les intérêts de l'Etat anglais sont sauvegardés, le tribunal anglais le sanctionne ; mais il faut se rappeler que c'est le jugement du tribunal anglais, et non le jugement du tribunal étranger qui est exécuté en Angleterre. Les questions de compétence relatives, soit à la juridiction du pays où le jugement étranger a été rendu, soit à la juridiction anglaise, présentent de nombreuses difficultés que je n'ai pas à examiner ici.

D'après cet exposé rapide, on peut se rendre compte que le système anglais est un système intermédiaire entre celui de la jurisprudence française et celui que j'ai adopté.

D'une part, c'est un jugement anglais et non le jugement étranger qui est exécuté ; mais d'autre part, c'est le jugement étranger qui forme la base du jugement anglais, à moins qu'il ne se présente dans des conditions à peu près analogues à celles qui légitimeraient, selon moi, le refus de l'*exequatur* par nos tribunaux.

Au fond, la théorie anglaise se rapprocherait donc assez sensiblement de celle de la non-révision. Son grand inconvénient, signalé du reste par les auteurs anglais eux-mêmes, est de nécessiter une procédure très lente et très coûteuse. Un jurisconsulte anglais (1) pose en principe que presque toujours deux années s'écoulent avant qu'un jugement définitif soit intervenu. Aussi ajoute-t-il « *il en résulte que les étrangers « hésitent à s'adresser à nos tribunaux, et à moins que « la dette ne s'élève à une somme importante, le débi- « teur en vertu d'un jugement étranger échappe à « toute poursuite* » (2).

AUTRICHE-HONGRIE

§ I

L'hypothèque judiciaire existe en Autriche. Elle résulte des jugements, elle est spéciale comme toutes les hypothèques et doit être inscrite sur les registres fonciers (3).

(1) M. Piggott. Journal 1883, page 34.

(2) Voir aussi journal dr. international : 1878, pages 23 et s.s. — 1879, pages 135 et s.s., 517 et s.s. — 1882, pages 20 et s.s.

(3) Anthoine de Saint-Joseph. Concordance des lois hypothécaires: 1re partie, page 4. — 2e partie, page 6.

Il en est de même en Hongrie où les lois de 1868, 1871, et une loi récente du 1er juin 1881 relative à la procédure d'exécution, contiennent des dispositions concernant l'hypothèque judiciaire (1).

§ II

En Autriche les jugements étrangers sont mis à exécution au moyen d'une sentence d'*exequatur* rendue par un tribunal autrichien. Il n'y a pas lieu à révision du jugement, pourvu que le pays d'où il émane admette le même principe vis-à-vis des jugements autrichiens.

Mais la réciprocité n'a pas besoin d'être constatée par des traités ou des conventions diplomatiques. Il suffit qu'elle existe en fait (2).

Le tribunal autrichien doit se borner à examiner : 1° si le jugement étranger a été rendu par un tribunal compétent ; 2° s'il est exécutoire dans le pays où il a été rendu (3); 3° s'il ne blesse pas l'ordre public ou ne consacre pas une injustice évidente.

La jurisprudence autrichienne paraît décider, contrairement à la théorie que j'ai proposée en droit français, que le tribunal de commerce est compétent pour donner l'*exequatur* aux sentences rendues par

(1) Annuaire de législation, 1882, page 367.

(2) Journal 1877, page 210.

(3) Le 30 octobre 1877, la Cour suprême de Vienne a décidé que *l'exequatur* ne devait pas être accordé à un jugement polonais non exécutoire en Pologne (journal 1881, page 169).

un tribunal de commerce étranger (1). Cette solution est du reste commandée, paraît-il, par la loi du 16 décembre 1862 qui met en vigueur le Code de commerce.

En Hongrie les règles sont à peu près les mêmes. Elles sont contenues dans les articles 3, 4, 5 et 10 de la loi du 1er juin 1881 sur la procédure d'exécution (2).

L'article 3 exige la condition de réciprocité, et détermine, dans les termes que j'ai indiqués, les pouvoirs du tribunal hongrois. L'article 5 porte que les décisions rendues contre un sujet hongrois et qui intéressent son statut personnel, ne sont pas exécutoires en Hongrie. L'article 4 dispose que les décisions des juridictions autrichiennes sont exécutoires purement et simplement sur la demande des tribunaux autrichiens sous la seule condition de réciprocité.

Enfin d'après l'article 10, l'*exequatur* ne doit être accordé que lorsque le défendeur a fourni ses explications.

Il est à peine besoin de faire remarquer que dans l'état actuel de notre jurisprudence, les jugements français seront toujours soumis à révision en Autriche-Hongrie.

(1) Arrêt de la Cour suprême de Vienne du 17 juillet 1875 (journal 1883, page 70). Jugement du tribunal maritime de Trieste du 7 juillet 1874 (journal 1877, page 214).

(2) Annuaire 1882, page 368.

BELGIQUE

§ I

Pendant longtemps l'hypothèque judiciaire résultait des jugements en Belgique comme en France. On sait, en effet, qu'en principe ce pays est soumis au Code Napoléon ; on appliquait donc purement et simplement l'article 2123.

Lors de la réforme hypothécaire en 1851, l'article 43 de la loi du 16 décembre 1851 a supprimé l'hypothèque judiciaire. Il y eut de longues discussions à ce sujet. Le gouvernement proposait de substituer à l'hypothèque judiciaire un système d'oppositions immobilières ; la commission du Sénat concluait à la suppression pure et simple de l'hypothèque et rejetait les oppositions immobilières ; la Chambre des Représentants se prononçait pour son maintien, à la condition qu'elle serait spécialisée. Enfin le 3 février 1851, ce furent les propositions de la commission du Sénat qui triomphèrent définitivement.

On défend aux tribunaux de la rétablir indirectement en accordant au créancier une hypothèque spéciale comme sanction de la condamnation prononcée à son profit. M. Laurent enseigne même que le juge ne peut condamner le débiteur à constituer une hypothèque en faveur du créancier, mais il reconnaît lui-même que la doctrine et la jurisprudence ne paraissent pas aller jusque-là (1).

(1) Laurent, tome XXX, n° 191.

§ II

La législation belge a varié également en ce qui concerne l'exécution des jugements étrangers.

Jusqu'à la loi du 25 mars 1876, on appliquait l'article 546 du Code de procédure français et l'article 2123 du Code civil.

Mais des controverses analogues à celles que nous avons constatées en France, s'étaient produites sur la portée qu'il fallait attribuer à ces textes. Les trois opinions que j'ai exposées avaient été soutenues ; celle qui l'emportait en jurisprudence et en doctrine donnait aux tribunaux belges un pouvoir absolu de révision et leur permettait d'examiner à nouveau l'affaire au fond (1). Du reste il n'y avait aucune difficulté pour les jugements français ; en effet, à la suite de la réaction anti-française qui s'était manifestée après la séparation de la Belgique et de notre pays, peut-être aussi en présence de notre jurisprudence qui commençait à s'affirmer, un arrêté-loi du 9 septembre 1814, rendu par le Prince souverain des Pays-Bas contient cette disposition : « *les jugements rendus en France « n'ont aucune autorité en Belgique, et nonobstant ces « jugements les habitants de la Belgique pourront de « nouveau débattre leurs droits comme entiers devant « les tribunaux qui y sont établis, soit en demandant, « soit en défendant.* »

L'article 10 de la loi du 25 mars 1876 (nouveau

(1) Tribunal civil d'Anvers, 7 mars 1873. Cour de Bruxelles, 12 juillet 1873 (journal 1875, page 218).

Code de procédure civile) est venu lever tous les doutes.

D'après ce texte il faut distinguer deux hypothèses (1).

S'il existe un traité avec la nation dont un tribunal a rendu le jugement qu'il s'agit d'exécuter, le tribunal belge, saisi de la demande d'*exequatur*, doit se borner à examiner: 1° Si la décision ne contient rien qui soit contraire à l'ordre public ou aux principes du droit public belge; 2° si, d'après la loi du pays où elle a été rendue, la décision est passée en force de chose jugée; 3° si d'après la même loi, l'expédition qui en est produite réunit les conditions nécessaires à son authenticité; 4° si les droits de la défense ont été respectés; 5° si le tribunal étranger n'est pas uniquement compétent à raison de la nationalité du demandeur.

En l'absence d'un traité, le droit de révision accordé aux tribunaux belges est maintenant incontestable; c'est le jugement belge et non le jugement étranger qui est exécuté. La jurisprudence déduit de cette théorie toutes ses conséquences logiques. Elle décide, par exemple, que si l'*exequatur* est demandé pour un jugement étranger qui statue sur les dépens d'une instance terminée par une sentence précédente, le tribunal belge pourra examiner le mérite du premier jugement, en un mot remettre toute l'affaire en question (2). De même celui qui a formé la demande

(1) Journal 1877, page 339.

(2) Tribunal d'Anvers, 22 novembre 1873 (journal 1876, page 298).

d'*exequatur* peut y renoncer, et se borner à conclure au fond (1). Peu importe aussi que le jugement étranger soit ou non passé en force de chose jugée, puisque ce jugement est en réalité considéré comme non avenu (2).

Il faut remarquer que le projet du nouveau Code de procédure civile ne distinguait pas suivant qu'il existerait ou non un traité avec le pays où le jugement étranger aurait été rendu, et que dans tous les cas il refusait aux tribunaux belges le droit de réviser. Son rapporteur, M. Allard, accordait toujours au jugement étranger l'autorité de la chose jugée, comme je crois qu'on devrait le faire en France, même dans l'état actuel de notre législation. Mais la commission de la Chambre n'a pas voulu suivre les auteurs du projet dans la voie libérale qu'ils avaient tracée.

BRÉSIL

§ I

L'hypothèque judiciaire existe au Brésil, seulement elle ne consiste que dans un simple droit de suite à l'égard des immeubles de la partie condamnée; de plus elle est soumise à inscription (3).

§ II

Le règlement du 27 juillet 1878, faisant suite à la loi du 4 août 1875, a modifié les règles anciennes

(1) Cour de Liège, 23 juin 1875 (journal 1876, page 298).
(2) Tribunal de Courtrai, 21 juin 1879 (journal 1881, page 83).
(3) Annuaire 1879, page 743, à la note.

d'après lesquelles la jurisprudence brésilienne refusait toute exécution aux jugements étrangers.

En vertu de ce règlement, le jugement étranger est exécutoire au Brésil sans qu'il y ait lieu à révision du fond, pourvu que la nation à laquelle appartient le tribunal qui l'a rendu admette le principe de réciprocité (article 1). Les juges compétents pour déclarer le jugement exécutoire sont ceux auxquels la compétence aurait été attribuée, si le jugement avait été rendu par un tribunal de l'Empire (article 3).

L'ordre d'exécution ne peut être refusé que si la décision étrangère n'est pas revêtue de certaines formalités (article 1), ou si elle est contraire à la souveraineté nationale, aux lois rigoureusement obligatoires fondées sur l'ordre public, aux lois qui régissent l'organisation de la propriété territoriale ou à la morale (article 2).

Les sentences arbitrales sont traitées comme les jugements étrangers (article 13).

Bien plus, depuis un décret du 27 juillet 1880, les jugements sont exécutoires moyennant un *placet* du gouvernement, même lorsqu'ils ont été rendus dans un pays qui n'admet pas la réciprocité. La condition de réciprocité a été abolie par ce décret ; quant aux formes de l'exécution, on suit toujours les principes du règlement de 1878 (1).

La législation brésilienne accorde donc l'autorité de la chose jugée aux jugements étrangers ; l'article

(1) Annuaire 1881, pages 733 et 734.

14 du règlement, du reste, prend soin de le dire en décidant, ce qui peut être fort intéressant, que les jugements étrangers même non revêtus de l'*exequatur* produisent l'autorité de la chose jugée devant les tribunaux de l'Empire, s'ils remplissent les conditions de l'article 1[er] et ne contiennent pas de décisions contraires aux dispositions de l'article 2 (1).

DANEMARK

Relativement à l'exécution des jugements étrangers, le principe est, au Danemark, qu'un jugement danois seul peut donner lieu à l'exécution forcée.

Il faut donc que le jugement étranger soit, en quelque sorte, complété par une décision d'un tribunal danois ayant les caractères d'un jugement. Des opinions diverses se sont produites sur les conditions dans lesquelles la sentence d'*exequatur* devra être rendue; toutefois la théorie prépondérante enseigne que le jugement étranger ne doit pas être révisé, et que l'*exequatur* doit être refusé seulement si la partie condamnée n'était pas justiciable du tribunal étranger, d'après la loi danoise, si le jugement étranger n'est pas définitif ou contient des dispositions contraires à des lois intéressant l'ordre public.

Un projet de Code de procédure civile a dû être soumis aux Chambres danoises en 1880. Il proposait de rendre exécutoires les jugements étrangers par eux-mêmes sur une simple ordonnance du juge

(1) Annuaire 1879, pages 736 et s. s.

(*fogd*) destinée à remplacer le jugement d'*exequatur* du tribunal danois. Je ne crois pas que ce projet ait abouti.

Le 19 février 1861, un traité mis en vigueur le 1er juillet de la même année, a été conclu entre la Suède et le Danemark. Ce traité applique à peu près les principes que le projet de 1880 avait pour but de généraliser (1).

EGYPTE

§ I

L'article 682 du Code civil égyptien reconnait l'existence de l'hypothèque judiciaire, et décide qu'on peut prendre hypothèque en vertu d'un jugement rendu par un tribunal consulaire étranger. Mais en cas de non-paiement, l'exécution du jugement sur les biens n'est plus de la compétence du tribunal consulaire; elle est soumise à la juridiction des tribunaux mixtes organisés par la loi du 17 décembre 1875.

§ II

Relativement à l'exécution, non pas des jugements étrangers en Egypte sur laquelle les renseignements me font défaut, mais des jugements des tribunaux mixtes en France, il peut s'élever une difficulté à raison du caractère spécial de ces juridictions.

On a soutenu qu'il fallait regarder ces tribunaux (2)

(1) Journal 1880, page 368.
(2) Journal 1880, page 457.

comme n'étant ni absolument étrangers ni absolument français, de sorte que le tribunal français, même en suivant la théorie de la jurisprudence, devrait déclarer la sentence exécutoire sans examen du fond, pourvu qu'elle ne fût pas contraire à l'ordre public et qu'elle émanât d'une juridiction compétente.

Pour nous, qui ne reconnaissons en aucun cas au tribunal français le droit de réviser, la question ne peut se poser. Mais je crois que la même solution pourrait être adoptée, même par ceux qui admettent la théorie de la jurisprudence. Il me semble qu'il faut tenir compte de ce fait que des juges français font partie de ces tribunaux mixtes, et que les dispositions des lois qu'ils doivent appliquer sont empruntées, dans une très large mesure, à notre Code civil.

Les termes et le but de la convention conclue avec la Porte et l'Egypte en 1874, paraissent légitimer cette exception apportée au principe consacré par l'article 2123 tel que l'interprète la jurisprudence.

ESPAGNE

§ I

L'hypothèque judiciaire existait en Espagne, mais la loi du 8 février 1861, remaniée par celle du 21 décembre 1869 et mise en vigueur à partir du 1er janvier 1871, l'a supprimée et remplacée par un système de prénotations.

Ces « *anotaciones preventivas* » constituent une mesure conservatoire, destinée à sauvegarder le droit

du créancier tel qu'il est, pour le cas où la chose viendrait à périr, ou le débiteur à tomber en déconfiture.

Les prénotations peuvent recevoir leur application dans un certain nombre d'hypothèsès. Trois d'entre elles se rattachent à notre sujet.

Peuvent les demander en effet: 1° Toute personne qui revendique en justice un immeuble, ou qui réclame la constitution, la déclaration, la modification ou l'exécution d'un droit réel (article 42). 2° Celui au profit duquel est rendu un jugement exécutoire emportant condamnation contre la partie adverse (article 42). 3° Celui qui, poursuivant son débiteur en justice, obtient que ses biens soient mis provisoirement sous séquestre.

Dans le deuxième cas, la prénotation a beaucoup d'analogie avec l'hypothèque judiciaire, puisqu'elle intervient le jugement une fois rendu.

Dans le premier et le troisième cas au contraire, elle offre un caractère spécial; étant antérieure au jugement, elle est une mesure préventive et transitoire.

Au moyen de cette formalité, le créancier met une sorte d'*embargo* sur les biens du débiteur qui ne peut plus les soustraire à l'effet de la condamnation. Puis la sentence devenue définitive, le créancier convertit ces annotations en inscriptions hypothécaires véritables. Si au contraire le demandeur succombe, la radiation de la prénotation est ordonnée (1).

(1) Lehr. Elements du droit civil espagnol, pages 332 et s. s.

§ II

Avant le Code de procédure de 1855, les jugements étrangers ne produisaient aucun effet et n'étaient susceptibles d'aucune exécution en Espagne, à moins qu'une clause contraire ne fût insérée dans un traité.

Depuis la promulgation du nouveau Code de procédure, le 5 octobre 1855, les principes se sont modifiés dans un sens très libéral ; ils varient d'après les trois hypothèses suivantes (1) :

1° Lorsqu'un traité a été conclu avec une nation étrangère, on suit les indications et les conditions contenues dans le traité (2).

2° Lorsqu'il n'y a pas de convention diplomatique et que l'on connaît le sort réservé aux jugements espagnols dans le pays étranger, on applique le principe de la réciprocité, c'est-à-dire qu'on traite le jugement étranger comme le jugement espagnol serait traité dans ce pays (article 923). C'est là une solution très équitable, il serait à désirer qu'elle formât la base de toutes les législations sur ce point particulier, jusqu'au moment où les idées juridiques auront fait assez de progrès pour arriver à la consécration générale du principe de l'autorité de la chose jugée attribuée aux jugements étrangers sans aucune restriction.

(1) Journal 1881, page 20.

(2) L'Espagne a passé un traité avec la Sardaigne le 30 juin 1851, traité qui s'étend maintenant à toute l'Italie (arrêt de cassation du 2 octobre 1880).

Il résulte de cette règle (article 924), qu'en présence de l'état de notre jurisprudence, les jugements français ne sont, par eux-mêmes, susceptibles d'aucune exécution en Espagne. Il faut donc procéder à un nouvel examen de l'affaire en ce qui les concerne. En 1870 des négociations s'ouvrirent entre l'Espagne et la France. Dans le projet de convention on stipulait que les jugements auraient réciproquement force exécutoire dans les deux pays, sans autres formalités qu'une légalisation diplomatique et la communication des pièces au ministère public. Mais à la suite d'une interpellation dirigée au Sénat contre le garde des sceaux, M. Emile Olivier, un vote de cette assemblée vint mettre fin aux pourparlers. Il est regrettable que ce projet n'ait pas été repris ; car aujourd'hui probablement il aurait de grandes chances d'aboutir.

3° Quand on ne connaît pas exactement les règles suivies dans le pays étranger relativement aux sentences espagnoles, le Code de procédure admet la validité et permet l'exécution des jugements étrangers s'ils ont été rendus sur une action personnelle, s'ils n'ont pas été prononcés par défaut, si l'obligation dont on demande l'exécution est licite en Espagne, et enfin lorsque le document qui contient le jugement réunit les conditions d'authenticité exigées en Espagne et dans le pays d'où il émane. L'*exequatur* est accordé par le Tribunal Suprême de justice après une procédure très simple et très rapide.

La législation espagnole est donc une des plus libérales ; nous pouvons constater en passant que, soit

au point de vue des prénotations, soit au point de vue de l'exécution des jugements étrangers, elle offre de nombreux traits de ressemblance avec les dispositions des lois allemandes.

ÉTATS-UNIS

§ I

Chacun des Etats dont la réunion forme la Confédération possédant une législation distincte, il est difficile de savoir exactement si l'hypothèque judiciaire existe aux Etats-Unis. Il est certain cependant que cette institution, telle que l'article 2123 la réglemente, n'y est pas connue, sauf dans la Louisiane où les articles 3289 à 3296 du Code civil de 1825 organisent une hypothèque judiciaire à peu près analogue à celle de l'article 2123 (1).

On peut dire aussi qu'en général la législation hypothécaire des Etats-Unis s'est inspirée dans une large mesure des principes anglais. De plus il paraît que quelques Etats admettent le système des prénotations (2).

§ II

Après quelques controverses assez vives, c'est le système de la courtoisie internationale qui a prévalu aux Etats-Unis relativement à l'exécution des jugements étrangers.

(1) Anthoine de Saint-Joseph. Op. cit. 2e partie, page 134.
(2) Anthoine de Saint-Joseph : 1re partie, page 29.

Dans l'Etat de New-York la solution est certaine.

Il en est de même aussi dans la Louisiane où de plus, à part quelques restrictions, on assimile aux jugements étrangers les jugements rendus dans les autres Etats de l'Union. L'*exequatur* est délivré par le tribunal tout entier, et il n'est refusé que si le jugement contient des dispositions contraires à l'ordre public ou aux lois, ou bien émane d'une juridiction incompétente, ou n'est pas définitif (1).

GRÈCE

§ I

En Grèce l'hypothèque judiciaire ne résulte que des jugements rendus en dernier ressort et ne porte que sur les biens présents (article 14 de la loi hypothécaire). De plus on peut (articles 23 à 25), en présentant au conservateur des hypothèques soit l'acte introductif d'instance, soit un jugement en premier ressort, inscrire une prénotation sur les immeubles du débiteur. Le jugement en dernier ressort une fois rendu, la prénotation se transforme en une hypothèque qui rétroagit et prend date au jour de l'inscription de la prénotation.

§ II

L'exécution des jugements étrangers est réglée par les articles 858 à 861 du Code de procédure civile.

Lorsque toutes les parties au jugement sont des

(1) Journal 1879, page 21. — Journal 1875, pages 314 et 315.

étrangers, l'*exequatur* est accordé par le tribunal sans examen du fond.

Si l'une des parties est regnicole, l'*exequatur* est donné par le tribunal tout entier qui doit examiner le fond du litige. Mais le tribunal ne peut le refuser que si le jugement est en contradiction avec des faits prouvés, ou s'il est contraire à une loi prohibitive de l'Etat.

Il peut être dérogé à ces principes par des traités; mais en 1880 la Grèce n'avait encore passé aucune convention diplomatique.

Il faut remarquer que sous cette législation, la théorie de la réciprocité n'est pas admise; tous les jugements étrangers sont traités de la même façon, quel que soit le sort réservé aux sentences grecques dans le pays d'où émane la décision pour laquelle l'*exequatur* est réclamé (1).

ITALIE

§ 1

Le Code de 1866 a maintenu en Italie l'hypothèque judiciaire. Il s'en occupe dans les article 1970 à 1973.

L'hypothèque résulte des jugements portant condamnation au paiement d'une somme d'argent, à la délivrance d'objets mobiliers, ou à l'accomplissement de toute obligation pouvant se résoudre en dommages-intérêts (article 1970.) (2). Elle n'est jamais produite

(1) Journal 1880, page 173.

(2) C'est une question controversée en Italie comme en France, que

par les jugements de reconnaissance ou vérification d'écriture ; de plus elle ne porte jamais sur les biens d'une succession vacante ou acceptée sous bénéfice d'inventaire (article 1971). Les sentences arbitrales lui donnent naissance quand elles sont revêtues d'une ordonnance judiciaire d'*exequatur* (article 1972).

En outre la loi italienne spécialise dans une certaine mesure l'hypothèque judiciaire. Elle doit être inscrite sur chaque immeuble séparément, et les immeubles à venir ne lui sont affectés qu'au fur et à mesure des acquisitions et grâce à l'inscription qui est prise sur eux (article 1986). Enfin l'inscription ne peut être faite que pour une somme déterminée, et si le montant de la condamnation n'est pas fixé, le créancier doit l'évaluer en opérant l'inscription (article 1992) (1).

§ II

L'exécution des jugements étrangers est réglée par les articles 10 et 12 des dispositions préliminaires et 1973 du Code civil, 941 et 942 du Code de procédure.

Le principe de la législation italienne est celui qui reconnaît aux jugements étrangers l'autorité de la chose jugée. Il n'y a pas lieu à révision au fond, et

celle de savoir si l'hypothèque judiciaire est attachée aux jugements qui ordonnent la reddition d'un compte. Un arrêt de la cour de cassation de Naples du 4 septembre 1876 admet la théorie que j'ai présentée en droit français. Au contraire un arrêt de la cour de Pérouse du 22 mai 1874 la rejette. — Voir journal 1878, page 403.

(1) Huc : le Code civil italien et le Code Napoléon, deuxième édition revue par Orsier, tome II, pages 412 et 415.

le jugement étranger est rendu exécutoire lorsqu'il est revêtu de l'*exequatur*. L'instance à fin d'obtenir l'*exequatur* est portée devant la cour d'appel italienne qui doit se borner à examiner (article 941) : 1° Si la sentence a été rendue par une autorité judiciaire compétente. 2° Si elle a été prononcée les parties ayant été régulièrement citées. 3° Si les parties ont été légalement représentées ou légalement défaillantes. 4° Si la sentence contient des dispositions contraires à l'ordre public ou au droit public du royaume.

Ces différentes règles ont donné lieu à des applications nombreuses et à des questions assez délicates dont je veux indiquer brièvement les principales, à raison de l'importance toujours croissante des relations entre l'Italie et les nations voisines, la France particulièrement.

La Cour italienne statue après une procédure sommaire ; elle ne peut examiner les motifs de la sentence, ni rechercher si elle est conforme aux principes généraux de la justice.

Sur la manière d'apprécier la compétence des tribunaux étrangers, la jurisprudence italienne s'est divisée. L'article 10 du Code civil italien porte « *que la « compétence et les formes du jugement sont réglées « par la loi du lieu où il est rendu.* » La Cour de cassation de Naples le 6 décembre 1866, celle de Turin le 25 juin 1870 (1), la Cour d'appel de Milan le 22 septembre 1879 (2), appliquant strictement l'article 10,

(1) Journal 1879, pages 246 et 247.
(2) Journal 1881, page 536.

ont décidé qu'il suffit que le tribunal étranger soit compétent à raison de la loi étrangère seule ; ainsi par exemple le jugement qui statue en France, d'après les termes de l'article 14 du Code civil, relativement à une contestation intéressant un étranger, est compétemment rendu et doit être exécuté. La Cour de Turin a jugé au contraire, le 13 décembre 1872 (1), que la compétence doit être appréciée à la fois d'après la loi nationale et la loi étrangère. Enfin une troisième opinion qui a été consacrée plusieurs fois et paraît triompher en pratique (2) déclare qu'il faut combiner l'article 10 avec l'article 12 d'après lequel les lois et sentences étrangères ne peuvent déroger aux lois nationales d'ordre public.

La conséquence directe est que le jugement rendu par un tribunal français, en vertu de la compétence exorbitante que lui confère l'article 14 de notre Code n'est pas le plus souvent exécutoire en Italie.

La Cour d'appel italienne peut accorder un délai pour l'exécution. La Cour de Pérouse l'a ainsi jugé (3). Cette décision a été très vivement critiquée (4) ; c'est à tort, selon moi, car je crois que le droit d'accorder un sursis à l'exécution repose sur une considération

(1) Journal 1879, page 246.

(2) Turin, 19 janvier 1869 et 18 juin 1872 (journal 1879, page 247). Catane, 22 mars 1879 (journal 1881, page 542). Milan, 22 septembre 1879 (journal 1879, page 536). Naples, 30 décembre 1883 (journal 1885, page 464).

(3) Pérouse, 22 mars et 2 août 1877 (journal 1881, pages 540, 541 et 542).

(4) Journal 1877, pages 515 et s.s.

d'ordre public dans les législations qui l'accordent à leurs tribunaux.

Il faut, pour que le jugement étranger puisse être revêtu de l'*exequatur*, qu'il soit exécutoire dans le pays où il a été rendu. Ainsi on a décidé que le jugement français par défaut qui devrait être exécuté en France dans les six mois, aux termes de l'article 156 du Code de procédure, et dont l'exécution n'aurait pas été demandée en Italie dans ce délai, ne pourrait pas être déclaré exécutoire (1).

L'Italie a conclu de nombreuses conventions avec des nations étrangères sur l'exécution réciproque des jugements, ou inséré dans des traités de commerce des articles relatifs à cette question. Voici les principales. Traités : du 31 décembre 1868 avec le Guatemala et le Honduras (article 20). Costa-Rica, 6 mai 1873 (art. 7). Pérou, 23 décembre 1874 (art. 18). Serbie, 28 octobre et 9 novembre 1879 (art. 12) (2). Espagne, 30 juin 1851. République de Saint-Marin, 27 mars 1872 (3). Enfin des ordonnances ministérielles rendues tant en Autriche qu'en Italie (22 juin 1853, 29 février 1860) décident, que relativement aux jugements de ces deux pays, la juridiction chargée de donner l'*exequatur* devra entrer dans l'examen du fond. C'est un véritable anachronisme, puisque la législation italienne et la législation autrichienne rejet-

(1) Journal 1874, page 93.
(2) Journal 1884, page 259.
(3) Journal 1884, pages 373 et 374.

tent toutes deux le principe de la révision. Quoi qu'il en soit, ces ordonnances sont encore en vigueur, et les applications en sont fréquentes (1).

Le traité le plus important, à notre point de vue, est celui qui a été passé entre la France et la Sardaigne le 24 mars 1760 et confirmé le 11 septembre 1860.

J'ai déjà analysé ce traité et constaté que la jurisprudence italienne s'est divisée sur le point de savoir si ces deux actes ont force légale ; cependant l'affirmative semble triompher aujourd'hui (2).

J'ai montré aussi qu'en réalité, depuis le Code de procédure de 1865 et le Code civil de 1866, le traité ne fait qu'appliquer à peu près le droit commun de la législation italienne. Néanmoins une décision isolée de la Cour de cassation de Turin, du 7 mars 1874, porte qu'il faut ajouter aux règles inscrites dans la loi italienne la nécessité de la réciprocité, de sorte que si le traité franco-italien n'est pas valable et si les tribunaux français soumettent à une révision les jugements étrangers, on doit, par une mesure de rétorsion qui s'impose, agir de même en Italie à l'égard des jugements français. Cet arrêt (3), qui est d'ailleurs resté isolé, se basait sur une interprétation erronée d'un arrêt de la Cour de Paris et d'un autre de la Cour de cassation française (4).

(1) Cour suprême d'Autriche, 16 août et 6 novembre 1878 (journal 1884, pages 374 et 375).

(2) Voir *suprà*, page 223.

(3) Journal 1879, page 295.

(4) Paris, 11 mai 1869 (Sir. 1870, II, 10). — Cass. 27 avril 1870 (Sir. 1871, I, 91).

Une dernière question directement relative à l'hypothèque judiciaire s'est posée en Italie ; je l'ai déjà examinée en ce qui concerne la France à l'occasion du traité franco-italien (1).

Si on admet la validité du traité franco-italien, l'hypothèque judiciaire peut-elle être inscrite en vertu d'un jugement français avant même que ce jugement ait été déclaré exécutoire ? La Cour de Turin a jugé l'affirmative le 20 mars 1876 (2). Pour elle l'hypothèque n'est pas un acte d'exécution, et elle peut être inscrite immédiatement, sauf à obtenir plus tard l'*exequatur* pour suivre l'effet de cette inscription. Elle invoque en outre l'article 1973 ainsi conçu : « *les jugements prononcés par les autorités judiciaires étrangères ne produisent l'hypothèque sur les biens situés dans le royaume, que lorsque l'exécution en a été ordonnée par les autorités judiciaires sauf les dispositions contraires contenues dans les conventions internationales* ».

La fin de ce texte décide, d'après la Cour de Turin, que lorsqu'il existe un traité, l'hypothèque peut être inscrite avant l'obtention de la sentence d'*exequatur*. Cette solution a été combattue par M. Pasquale Fiore (3). La question est donc toujours en suspens. Il est intéressant de rapprocher de cet arrêt de la Cour de Turin un jugement du tribu-

(1) Voir *suprà*, page 227.

(2) Journal 1879, page 86.

(3) Journal 1878, page 246.

nal de Nancy (1) déjà cité, qui a déduit la même conséquence du traité franco-badois combiné avec l'article 2123 du Code civil (2).

MAURICE

En 1815, lorsque l'île Maurice a été séparée de la France, elle était régie par le Code civil. Plusieurs lois, une de 1864 entre autres sur la transcription, ont modifié le Code civil, et plus récemment encore l'hypothèque judiciaire a été supprimée.

Il paraît que cette suppression a produit des résultats heureux. Quelques mois après la réforme, la chambre consultative d'agriculture, dans une adresse au gouverneur, affirmait que « *l'abrogation de l'hypothèque judiciaire était une des grandes et bienfaisantes mesures accomplies pendant son administration et que sans cette réforme la colonie n'aurait pu sortir aussi facilement des crises financières qu'elle venait de traverser* (3).

MEXIQUE

D'une décision du tribunal civil de Mexico, le 26 mars 1874 (4), il semble résulter que les jugements étrangers qui ont été rendus comme conséquence de

(1) Journal 1874, page 305.

(2) Voir pour l'exécution des jugements étrangers en Italie : journal 1878, page 235, et journal 1879, page 244 (articles de M. Pasquale Fiore) ; journal 1884, page 255.

(3) Bulletin de la Société de législation comparée, 1880, page 310.

(4) Journal 1874, page 276.

l'exercice d'une action personnelle doivent être considérés comme valables, et seront déclarés exécutoires sur un simple *exequatur* accordé sans examen du fond (article 1710 § 1 du Code de procédure civile du district fédéral et du territoire de Basse-Californie). Il en est autrement des jugements relatifs à la condition des immeubles situés au Mexique, lesquels sont régis exclusivement par la loi nationale (article 14 du Code civil).

MONACO

§ I

La principauté de Monaco, à part quelques points particuliers, est soumise au Code civil français. L'hypothèque judiciaire est donc attachée aux jugements rendus par les juridictions monégasques comme elle l'est aux jugements français.

§ II

L'exécution des jugements étrangers est réglementée par l'article 232 du Code de procédure. L'*exequatur* est accordé par ordonnance du Prince sur rapport de l'avocat général qui doit examiner si le jugement ne contient rien de contraire à l'ordre public ou aux lois du pays, et si les pièces sont régulières. Le Prince accorde ou refuse l'*exequatur*.

Il n'y a donc pas de règles absolument déterminées ; cependant d'une façon générale on peut dire que l'autorité de la chose jugée est attribuée aux jugements étrangers et qu'il n'y a pas lieu à révision ;

l'avocat général, dans son rapport, n'examine pas le fond de l'affaire.

Toutefois la révision serait possible si le jugement étranger statuait relativement à des immeubles situés dans la Principauté, ou si le jugement étranger ayant été rendu par défaut, l'ordonnance d'exécution réservait l'opposition au débiteur (1).

PAYS-BAS

§ I

Le Code civil adopté en 1828 et destiné à remplacer le Code français, a été complété par deux lois du 28 avril 1834 sur les privilèges et hypothèques. Ces lois ont spécialisé toutes les hypothèques, et de plus supprimé complètement l'hypothèque judiciaire (articles 1248 et 1250) (2).

§ II

L'article 431 du Code de procédure néerlandais consacre le principe de la révision en ce qui concerne l'exécution des jugements étrangers : « *Hors les cas* « *expressément prévus par la loi, les jugement rendus* « *par les juges ou tribunaux étrangers ne seront pas* « *exécutoires dans le royaume. Les procès pourront* « *être de nouveau intentés devant le juge néerlandais* « *et jugés par lui. Dans les cas d'exception mention-* « *nés ci-dessus, le jugement des juges ou tribunaux*

(1) Journal 1877, page 123.

(2) Revue de droit français et étranger, tome I, page 649, à la note

« *étrangers ne sera exécutoire dans le royaume,*
« *qu'après avoir été sur requête, déclaré exécutoire,*
« *dans les formes énoncées à l'article précédent, par*
« *le tribunal de l'arrondissement dans lequel le juge-*
« *ment doit être exécuté. La requête est présentée et*
« *la déclaration accordée sans qu'il y ait lieu à un*
« *nouvel examen de la cause que regarde le juge-*
« *ment.* »

Les cas exceptionnels auxquels fait allusion l'article 431 sont ceux dans lesquels le Code de commerce hollandais admet l'exécution des jugements étrangers sur les droits de sauvetage en cas de sinistres maritimes et de règlements d'avaries (1).

On s'est préoccupé à plusieurs reprises en Hollande de la nécessité de modifier la législation sur ce point, et des négociations ont été entamées avec les autres nations ; un courant très prononcé s'est en effet formé dans le sens d'une réforme libérale et d'une entente avec les pays étrangers (2).

PÉROU

La législation péruvienne est à peu près muette sur l'exécution des jugements étrangers. On fait résulter implicitement de l'article 5 du titre préliminaire du Code civil la règle qu'on ne doit pas exécuter au Pérou les jugements étrangers relatifs à des biens immobiliers situés dans ce pays, puisque, d'après ce

(1) Journal 1879, page 381, note 2.
(2) Journal 1879, pages 369 et s. s.

texte, les lois péruviennes sont les seules qui puissent régir ces biens.

L'article 942 du Code de procédure déclare qu'on doit appliquer les traités ou les usages.

Un traité conclu le 5 novembre 1863 avec la Bolivie, décide dans son article 4 que les sentences rendues par les juridictions de chaque pays seront réciproquement exécutoires dans l'autre, pourvu qu'elles soient dûment légalisées, et ne soient en contradiction, ni quant aux choses ni quant aux personnes, avec la constitution ou les lois du pays chargé de l'exécution. L'article 18 d'un traité passé avec l'Italie, auquel j'ai déjà fait allusion, contient une disposition à peu près identique (1).

Dans la pratique, il n'y a pas de règles uniformes ; cependant il paraît qu'en dehors de tout traité, les jugements étrangers peuvent être exécutés en vertu d'un *exequatur* qu'on leur accorde seulement s'ils ne sont pas contraires aux principes du droit public et même du droit privé, ce qui me paraît entraîner pour les tribunaux péruviens le pouvoir de réviser (2).

PORTUGAL

§ I

D'après les ordonnances de Philippe I[er], l'hypothèque judiciaire résultait des jugements contradictoires ou par défaut qui tranchaient une contestation. Au

(1) Journal 1884, page 259.
(2) Journal 1879, page 266.

contraire, suivant l'article 44 d'une loi du 20 juin 1774, l'hypothèque judiciaire n'était pas produite par les jugements rendus sur l'aveu de la partie, ainsi les jugements de reconnaissance d'écriture par exemple. L'hypothèque judiciaire a été supprimée par une loi de 1863. En 1867, lors de la réforme du Code civil, l'article 992 du projet proposait son rétablissement, à la condition qu'elle ne serait attachée qu'aux jugements passés en force de chose jugée et ne grèverait que les biens désignés par le créancier. Cet article du projet a été repoussé de sorte que l'hypothèque judiciaire a complètement disparu de la législation portugaise (1).

§ II

Aux termes de l'article 567 du recueil de 1841 intitulé : « *dernière réforme judiciaire* », de l'article 31 du Code civil, et des articles 1087 et suivants du Code de procédure du 3 novembre 1876, les jugements étrangers ne sont exécutoires en Portugal qu'après avoir été confirmés par une Cour supérieure (*relaçao*). La Cour supérieure examine la sentence au fond, mais cet examen est très sommaire et on n'y admet pas la production de preuves sur le fond de l'affaire (art. 1088 § 2).

Aussi on peut dire que si, avant la loi de 1876, la théorie de la révision était celle de la législation portu-

(1) Thèse de M. de Cours. De l'hypothèque judiciaire, page 110 (Paris 1881).

gaise (1), depuis cette loi le droit de réviser a été singulièrement restreint, et en réalité le Portugal a maintenant adopté le système généralement suivi. En effet, d'après l'article 1088 § 1, l'exécution ne peut être refusée que dans les cas suivants : 1° S'il y a quelque doute sur l'interprétation de la sentence ; 2° si le jugement n'est pas passé en force de chose jugée ; 3° si le tribunal étranger était incompétent ; 4° si les parties n'ont pas été régulièrement citées ou légalement défaillantes ; 5° si le jugement est contraire à l'ordre public ; 6° s'il a été rendu contre un régnicole en violation du droit civil portugais.

L'article 1087 réserve en outre l'hypothèse d'un traité.

Ces règles s'appliquent à toutes les sentences étrangères rendues soit entre Portugais, soit entre étrangers ou entre Portugais et étrangers. L'article 1090 tranche en effet cette question controversée auparavant, mais que la Cour suprême avait déjà résolue dans le même sens le 7 août 1874 (2).

Il y a un recours possible devant la Cour suprême contre la décision du *relaçao* (art. 1091) (3).

ROUMANIE

§ 1

La loi roumaine ne connaît pas l'hypothèque judi-

(1) Cour suprême de justice, 25 mai 1875 (journal 1875, page 448).
(2) Journal 1875, page 54.
(3) De Cours. Page 178.

ciaire ; elle n'admet que des hypothèques conventionnelles et légales, qui sont toutes soumises aux deux principes de la publicité et de la spécialité (1).

§ II

L'exécution des jugements étrangers est basée sur la réciprocité, aux termes de l'article 374 du Code de procédure.

L'*exequatur* est donné par le tribunal tout entier. Sur le rôle du tribunal, la même controverse s'est produite qu'en France, et une opinion a soutenu que le tribunal pouvait examiner l'affaire au fond. Cette théorie qui est en contradiction manifeste avec l'article 374 n'a pas triomphé ; la jurisprudence et la grande majorité des auteurs admettent que le jugement étranger a l'autorité de la chose jugée en Roumanie, toutes les fois que le jugement roumain jouirait du même avantage dans le pays étranger.

Les juges roumains doivent simplement constater la réciprocité législative, et s'assurer si le jugement étranger ne contient rien de contraire à l'ordre public.

Si la réciprocité n'existe pas, la sentence étrangère n'a aucun effet en Roumanie ; il faut se pourvoir par une action nouvelle devant les juges de ce pays (2).

Un échange de déclarations ministérielles entre la Roumanie et l'Autriche a précisé la procédure à sui-

(1) Weiss. Droit international privé, tome II. page 787.
(2) Journal 1879, page 351.

vre pour l'exécution réciproque des jugements dans les deux pays (1).

RUSSIE

§ I

En Pologne, une sorte d'hypothèque judiciaire avait été établie dès 1588 sous Sigismond III, et donnait un droit réel, un *zastav* à la partie qui avait obtenu gain de cause dans un litige, ou dont les tribunaux avaient reconnu les droits de créance. Ce droit devait être consigné sur les registres du tribunal, et des lois de 1768 et 1775 déterminaient rigoureusement les conditions de publicité (2).

Puis sous le premier Empire français, la Pologne est régie par l'article 2123 de notre Code civil que deux lois postérieures de 1818 (article 111) et de 1825 ont modifié dans une certaine mesure (3).

L'hypothèque judiciaire ne résulte plus que des jugements définitifs rendus par les tribunaux ordinaires du pays. Elle ne produit effet que par l'inscription du jugement ; elle porte sur les biens présents et, en cas d'insuffisance, sur les biens à venir à condition qu'il soit pris inscription sur eux au fur et à mesure de leur acquisition.

Les sentences arbitrales revêtues de l'ordonnance d'*exequatur* par le tribunal ordinaire compétent emportent hypothèque comme les jugements.

(1) Journal 1885, page 537.
(2) Lehr. Eléments de droit civil russe, page 331.
(3) Lehr. Page 362.

D'après la législation des provinces Baltiques, un droit de gage judiciaire résulte de tout jugement définitif qui ordonne l'envoi du créancier en possession des biens du débiteur (article 1412, Code Baltique) (1).

De plus, dans ces provinces, une hypothèque peut être attachée à un jugement dans certains cas.

En Courlande, elle ne sera, comme les autres hypothèques, opposable aux tiers que par l'*ingrossation* ou inscription.

En Livonie et en Esthonie, sauf pour la ville de Réval, qui suit sur ce point les règles de la province de Courlande, l'hypothèque même non inscrite produit ses effets ordinaires ; l'*ingrossation* lui assure simplement un droit de préférence sur les hypothèques même antérieures qui ne sont pas inscrites (2).

§ II

L'article 1273 du Code de procédure de 1864, introduit en Pologne en 1876, est ainsi conçu : « *les « jugements des tribunaux ou Etats étrangers seront « exécutés suivant les règles posées sur cette matière « dans les réciproques traités et conventions. Dans le « cas où ne sont pas posées par ceux-ci les règles de « l'exécution, sera observé l'ordre expliqué dans les « articles 1274 à 1281.* »

S'il existe des traités, il n'y a nulle difficulté ; mais

(1) Lehr. Page 376.
(2) Lehr. Pages 386 et 387.

la Russie ne paraît pas avoir jusqu'ici passé des conventions de ce genre avec les nations étrangères.

Lorsqu'il n'y a pas de traité, la portée de l'article 1273 est très controversée en Russie, la jurisprudence et les jurisconsultes russes sont divisés sur la question.

Une théorie soutient que la fin de l'article 1273 doit être ainsi interprétée : *en l'absence de traités « les tribunaux se conforment aux articles 1274 à « 1281 »* (1). L'application des articles 1274 à 1281 formerait donc le droit commun. Or ces textes contiennent sur l'exécution des jugements étrangers un ensemble de règles très libérales et à peu près identiques à celles que j'ai déjà exposées en commentant l'article 2123 du Code civil. On peut les résumer ainsi :

1° L'exécution d'un jugement étranger est demandée aux tribunaux russes compétents ; 2° Ceux-ci doivent l'ordonner sans examen du fond, ils se bornent à rechercher si la décision étrangère a été rendue par une juridiction compétente, et si elle ne viole pas les règles d'ordre public ou les lois de l'Empire ; 3° L'exécution a lieu conformément aux lois russes ; elle ne peut être ordonnée quand la décision dispose relativement à la propriété d'immeubles situés en Russie.

Certains arrêts ont statué dans ce sens ; on peut

(1) Journal 1878, page 139, article de M. Martens.

citer entre autres une décision de la Cour de cassation (Sénat dirigeant) du 17 octobre 1873.

Une autre théorie, au contraire, s'attachant au sens littéral de l'article 1273, décide que les articles 1274 à 1281 s'appliquent seulement lorsqu'un traité a été conclu avec une nation étrangère, et que ce traité n'a pas édicté de règles spéciales (1). En l'absence d'un traité, les jugements étrangers ne peuvent être en aucune façon exécutoires en Russie; il faut se pourvoir par une sentence nouvelle devant les tribunaux russes.

La première solution serait plus désirable; mais la seconde paraît triompher actuellement; il faut reconnaître qu'elle interprète plus exactement et plus grammaticalement le texte. Les 27 janvier et 17 mars 1882, le Sénat impérial est revenu sur son arrêt de 1873, et a modifié sa première jurisprudence. Le 11 juin 1884, la Cour d'appel de Varsovie a statué dans le même sens.

On doit remarquer toutefois que dans ce système, il semble se manifester une tendance à faire résulter l'application des articles 1274 à 1281, non plus seulement d'un traité, mais aussi de la réciprocité existant en fait dans les pays étrangers. Ce correctif enlèverait à la théorie une partie de ses inconvénients.

SERBIE

Les Codes civil et de procédure sont muets sur l'exécution des jugements étrangers. Bien que l'article

(1) Journal 1884, pages 43, 113 et 494.

47 du Code civil pose d'une façon générale le principe de la réciprocité relativement aux droits conférés aux étrangers, ce principe n'a pas été étendu à l'exécution des jugements étrangers, et il paraît que la jurisprudence ne s'est pas prononcée sur ce point.

Mais deux conventions conclues par la Serbie, l'une avec l'Italie, l'autre avec l'Autriche-Hongrie, attribuent l'autorité de la chose jugée aux décisions émanant de ces deux pays et permettent de les exécuter en vertu d'un jugement d'*exequatur* obtenu d'après des règles analogues à celles que nous retrouvons presque toujours en cette matière (1).

SUÈDE

§ I

Avant la loi de 1875, tout créancier avait droit de prendre inscription sur les immeubles de son débiteur. Depuis cette loi, l'inscription doit être demandée au tribunal qui ne l'accorde que sur la présentation d'un écrit constatant le consentement du débiteur. On a remarqué avec raison que l'hypothèque judiciaire arriverait, en l'obligeant seulement à prendre le détour d'une action en justice, à rendre au créancier le droit qu'on a voulu lui enlever. Aussi l'hypothèque judiciaire a-t-elle été repoussée. Elle n'existe que dans deux cas spéciaux. En outre elle résulte des sentences criminelles qui condamnent

(1) Journal 1884, page 153.

une personne au paiement de dommages-intérêts dont le terme n'est pas encore échu.

Toutefois il faut noter que l'hypothèque légale du mineur est remplacée par une sorte d'hypothèque judiciaire ; le tribunal sur la demande du conseil de famille *(godman)*, peut décider que le tuteur devra fournir une hypothèque destinée à garantir sa gestion (1).

De plus, en Suède, des mesures provisoires peuvent être prises par le créancier, même avant l'échéance ou la liquidation de sa créance. Ce sont : 1° le séquestre ; 2° la prohibition d'aliéner ; 3° l'opposition à départ ou interdiction de sortir pendant six semaines du territoire suédois. Ces mesures sont ordonnées par l'*ofverexecutor* qui force généralement le créancier à fournir caution. Elles doivent être suivies dans un court délai d'une action en justice, et ne donnent aucun privilège sur les biens du débiteur (Code de procédure exécutoire à partir du 10 août 1877) (2).

§ II

Le Code de procédure de 1877 est muet sur l'exécution des jugements étrangers.

Le principe, qui remonte jusqu'au XIII[e] siècle, paraît-il (loi des Vestrogoths), et qui a été consacré par le Code de 1734, est celui de la réciprocité. Mais il faut que cette réciprocité soit constatée par des traités

(1) Annuaire 1876, pages 814 note 2, 815 notes 2 et 3 (article 2 de la loi).

(2) Annuaire 1878, page 666.

ou des conventions ; la réciprocité de fait ne suffirait pas.

Un seul traité a été conclu par la Suède, celui de 1861 avec le Danemark auquel j'ai déjà fait allusion ; aussi on peut dire d'une façon générale que les jugements étrangers ne sont susceptibles d'aucune exécution en Suède, et qu'il faut se pourvoir par une instance nouvelle.

Il en est ainsi, même à l'égard de la Norwège. Les deux pays sont, en effet, unis dynastiquement, mais ils ont conservé leurs institutions législatives ou politiques particulières. En 1851 le Parlement suédois invita le gouvernement à ouvrir des négociations avec la Norwège ; un projet fut préparé, mais en 1857 le *Storthing* norwégien refusa de l'adopter. Cependant l'article 22 d'une loi du 2 juin 1883 sur les Lapons, votée en Norwège et exécutoire lorsque des dispositions réciproques auront été prises en Suède, décide que les jugements qui, d'après les termes de cette loi, condamnent à l'amende ou à des dommages-intérêts un sujet norwégien ou suédois (lapon ou autre), seront exécutoires dans l'autre royaume quand le jugement sera devenu définitif (1).

Il paraîtrait que certaines juridictions suédoises ont une tendance marquée à se contenter de la réciprocité de fait. Il est probable qu'une réforme ne tardera pas à avoir lieu, si ces idées libérales continuent à s'accentuer (2).

(1) Journal 1883, pages 645 et 646

(2) Journal 1880, page 83.

SUISSE

§ I

Les divers cantons de la Suisse ayant chacun leur législation, il est difficile de donner un aperçu exact et complet de ces différentes lois relativement à l'hypothèque judiciaire (1).

Canton de Fribourg. — La loi du 28 juin 1832, exécutoire le 1er juillet 1834, admet dans son article 3 l'hypothèque judiciaire qui est obtenue par la saisie spéciale d'un immeuble opérée dans les formes prescrites par la loi sur les poursuites juridiques (art. 7).

Cette hypothèque est donc spéciale ; elle vaut contre le débiteur par le seul effet de la saisie ; mais pour être efficace contre les tiers, elle doit être inscrite au contrôle des hypothèques (article 11) (2).

Canton de Genève. — Une loi du 6 janvier 1851 a supprimé l'hypothèque judiciaire.

Canton de Soleure. — D'après l'article 962 du Code civil, les hypothèques sont légales ou conventionnelles. L'hypothèque judiciaire n'existe donc pas (3).

(1) La plupart des renseignements qui vont suivre sont empruntés à l'ouvrage de M. Anthoine de Saint-Joseph publié en 1847. Il serait possible que depuis, des lois postérieures dont je n'ai pas trouvé trace eussent pu modifier quelques points de la législation des cantons de la confédération.

(2) Saint-Joseph. 2e partie, page 59.

(3) Saint-Joseph. 2e partie, page 269.

Canton du Tessin. — L'article 1147 du Code civil de 1847 admet l'hypothèque judiciaire. Elle est générale, mais soumise à la nécessité de l'inscription. Elle résulte des sentences ou arbitrages devenus exécutoires en faveur de celui qui les a obtenus (article 1153) (1).

Canton de Vaud. — Le Code civil de 1819 et la loi du 24 décembre 1840 (article 38) consacrent l'existence de l'hypothèque judiciaire. Elle doit être inscrite, elle est en outre spéciale et ne peut grever les biens à venir (article 1590) (2).

§ II

L'article 61 de la Constitution fédérale porte que « *les jugements civils définitifs rendus dans un canton* « *sont exécutoires dans toute la Suisse.* » Cette disposition ne vise que les décisions émanant des tribunaux suisses. En outre on admet que le tribunal du canton où il s'agit d'exécuter le jugement, peut examiner s'il a été compétemment rendu.

Quant à l'exécution des jugements étrangers proprement dits, chaque canton a sa législation particulière. On peut cependant diviser les cantons en trois catégories suivant la théorie qu'ils admettent, en faisant abstraction des nuances assez nombreuses qui peuvent se rencontrer même dans chaque classe.

(1) Saint-Joseph. 2e partie, page 273.
(2) Saint-Joseph. 2e partie, pages 291 et 296.

1° Cantons admettant le principe de la non-révision en le tempérant par celui de la réciprocité.

Lucerne (art. 315 du Code de procédure de 1850).

Saint-Gall (art 246 de la loi sur la procédure du 6 mars 1850).

Schaffouse (art. 345 du Code de procédure, décret du 19 février 1862).

Unterwald.

Valais.

Argovie, en ce qui concerne seulement les jugements contradictoires (art. 421 et 422 de la loi du 19 décembre 1851).

Grisons (art. 305 et 306 du Code de procédure).

2° Cantons admettant complètement le principe de la non-révision.

Bâle-Ville (art. 258, loi sur la procédure du 8 février 1875).

Bâle-Campagne (art. 267 à 273, loi sur la procédure du 16 juin 1867).

Fribourg (art. 653, Code de procédure). Toutefois la jurisprudence semble permettre au défendeur d'opposer des exceptions, même celles qui ne sont pas de pure forme.

Tessin (art. 346 du Code de procédure du 1er juin 1843).

Thurgovie (art. 292, loi du 1er mai 1867).

Appenzell.

Glaris.

Vaud.

Dans le canton de Zurich les règles ne sont pas absolument déterminées.

3° Cantons qui suivent le principe de la révision.

Genève (art. 374 et 377 du Code de procédure de 1819).

Neufchâtel (art. 867, Code de procédure du 1er juillet 1882). Ce texte réserve le cas où il existerait un traité.

Zug.

Enfin dans quelques cantons, même dans plusieurs de ceux que j'ai rangés dans les trois catégories précédentes, les principes ne sont pas fixés d'une manière certaine. De plus la juridiction chargée d'accorder l'*exequatur* varie ; c'est tantôt un tribunal judiciaire, tantôt l'autorité administrative ou gouvernementale (1).

Je rappelle que pour les jugements français il n'existe qu'une seule règle ; le traité du 15 juin examiné plus haut (2) s'applique à toute la Suisse. J'ai résolu les principales questions qu'il peut soulever ; je n'ai donc pas à y revenir.

---

(1) Journal 1883, page 113.

(2) Voir *suprà*, pages 219 et s.s.

RÉSUMÉ

Il est bon, je crois, de condenser les résultats de l'examen rapide que je viens de faire dans une sorte de tableau des règles admises dans les pays étrangers relativement à l'hypothèque judiciaire et à l'exécution des jugements étrangers.

§. I

HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

1° Pays où l'hypothèque judiciaire n'existe pas.

- Belgique.
- Roumanie.
- Suède.
- Canton de Genève et plusieurs autres cantons de la Suisse.
- Maurice.
- Portugal.
- Pays-Bas.

2° Pays où l'hypothèque judiciaire présente un caractère de spécialité plus ou moins nettement déterminé.

- Italie.
- Brésil.
- Autriche.
- Pologne.
- Canton de Vaud.
- Espagne.
- Allemagne.
- Grèce.
- Certaines provinces des Etats-Unis.

Dans ces pays un système de prénotations accompagne ou remplace l'hypothèque judiciaire.

3° Pays où l'hypothèque judiciaire présente un caractère à peu près analogue à celui que lui assigne l'art. 2123.	Canton du Tessin. Monaco. Louisiane.
4° Pays qui ont des institutions particulières n'offrant qu'une ressemblance lointaine avec l'hypothèque judiciaire.	Angleterre. Provinces Baltiques. Enfin la plupart des provinces des Etats-Unis qui se sont inspirées de la législation anglaise.

J'aurai dans mon examen critique à rechercher les conclusions qu'on peut tirer de ce tableau. Dès maintenant il est facile de se rendre compte qu'une évolution très marquée et continue des idées juridiques s'est manifestée dans le sens de la suppression ou de la spécialisation de l'hypothèque judiciaire.

§ II

EXÉCUTION DES JUGEMENTS ÉTRANGERS

1° Pays qui admettent le principe de la non-révision sans exiger la réciprocité.	Brésil. Certaines provinces des Etats-Unis. Italie. Portugal. Mexique. Grèce, pourvu que les parties ne soient pas régnicoles.

2° Pays qui exigent la réciprocité.	Espagne. Roumanie. Allemagne. Suède. Autriche.
3° Pays qui suivent le principe de la révision absolue.	Belgique. Pays-Bas.
4° Pays où les principes ne sont pas encore définitivement fixés.	Russie. Danemark. Pérou. La Suisse se divise en cantons où les trois systèmes se rencontrent. Angleterre.

Il semble donc que le système de la révision tende à disparaître de plus en plus.

Il faut espérer que la France l'abandonnera, ou qu'au moins la conclusion de conventions diplomatiques permettra d'arriver à une unité de législation si désirable en cette matière.

Des essais ont été plusieurs fois tentés dans ce but. Le ministre des affaires étrangères des Pays-Bas avait en 1874 essayé de provoquer la réunion d'une conférence internationale (1); en outre les Chambres hollandaises se sont occupées à différentes reprises de cette question (2).

(1) Journal 1874, page 159.
(2) Journal 1879, page 369.

Le 16 septembre 1881, le ministre des affaires étrangères du royaume d'Italie, M. Mancini, adressait une circulaire aux agents diplomatiques italiens, pour les inviter à entamer avec les différents gouvernements étrangers des négociations afin d'arriver à la réunion d'une conférence qui fixerait certaines règles de droit international privé, surtout relativement à l'exécution des jugements étrangers. Des pourparlers ont commencé; ils n'ont pas encore abouti, mais il y a eu un échange de vues très important entre les diverses nations, et des documents nombreux ont été réunis (1).

Le 12 septembre 1883, l'association « *for the « reform and codification of laws of Nations* », dans son assemblée générale à Milan, a exprimé le vœu qu'un accord international s'établît sur l'exécution des jugements, et proposé les bases suivantes qui me paraîtraient très acceptables (2):

1° Le jugement doit être rendu par un juge compétent. Des règles de compétence uniformes doivent être déterminées par la convention qui établira l'accord international ci-dessus mentionné.

2° Les parties doivent avoir été dûment assignées.

3° S'il s'agit d'un jugement par défaut, la partie contre laquelle il a été rendu doit avoir eu connaissance du litige et la possibilité de s'y défendre.

4° Le jugement ne doit rien contenir qui soit con-

(1) Journal 1886, pages 35 et s.s.

(2) Journal 1883, page 564.

traire ni à la moralité, ni à l'ordre, ni au droit public de l'Etat où il doit être exécuté.

5° Le jugement doit être exécutoire dans le pays où il a été rendu.

6° Le juge requis pour l'exécution ne doit pas examiner le fond du débat, mais seulement s'enquérir des conditions légales sus-mentionnées.

7° Un jugement étranger qui remplit ces conditions doit produire les mêmes effets qu'un jugement national, soit qu'on en requière l'exécution, soit qu'on s'en serve comme chose jugée.

8° Les formes et les moyens de l'exécution doivent être réglés par la loi du pays où l'exécution est demandée.

A plusieurs reprises l'Institut de droit international a formulé le même vœu et arrêté des bases à peu près identiques pour un accord international résultant soit de traités, soit de dispositions analogues introduites dans les législations civiles des divers Etats.

En outre en 1878 notamment, dans une réunion tenue à Paris, l'Institut proposa que les conflits soulevés par les règles de procédure résultant de traités, fussent soumis à la décision sans appel d'un tribunal arbitral dont la formation et le fonctionnement seraient indiqués par ces traités (1).

En présence de ce mouvement d'opinion si accentué, il faut croire que ces réformes, dont presque personne aujourd'hui ne conteste en principe l'utilité et même la nécessité, ne tarderont pas à être réalisées.

(1) Journal 1879, page 102.

TITRE II

Examen critique de l'hypothèque judiciaire

Après avoir étudié complètement l'hypothèque judiciaire telle qu'elle résulte de l'article 2123 du Code civil, après avoir parcouru rapidement les dispositions que renferment sur cette matière les principales législations étrangères, nous pouvons aborder maintenant en connaissance de cause la dernière partie et la conclusion de ce travail.

Notre régime hypothécaire tout entier a été l'objet des attaques les plus vives et souvent les plus justifiées.

En effet, c'est peut-être dans le titre des privilèges et hypothèques, que la précipitation avec laquelle le Code civil a été élaboré se fait sourtout sentir. Il ne pouvait du reste en être autrement. La nécessité de la refonte et de la codification des lois en vigueur s'imposait, mais les événements récents avaient apporté un trouble si grand dans l'ordre social, qu'on ne pouvait encore se rendre un compte exact des réformes qu'il fallait introduire pour mettre la loi civile en harmonie complète avec les nouveaux principes économiques. Depuis 1804, grâce aux progrès de toute sorte réalisés dans le domaine de la science et de l'industrie, grâce à l'extension prise par le commerce, le crédit s'est développé, la répartition des richesses a subi des modifications considérables,

mais en même temps les lacunes et les inconvénients de notre système hypothécaire se sont manifestés avec une évidence toujours croissante.

Une réforme générale a paru bientôt nécessaire, et dès le 7 mai 1841, une circulaire du garde des sceaux, Martin du Nord, conviait la Cour de cassation, les Cours d'appel et les Facultés de droit à une étude approfondie des modifications et des améliorations que notre régime hypothécaire devait subir. Ce travail difficile fut entrepris et mené à bonne fin ; les résultats en ont été réunis et publiés sous le titre de Documents hypothécaires par les soins du même ministre en 1844.

En 1845 une commission extra parlementaire composée des plus éminents jurisconsultes fut chargée d'élaborer un projet de réforme ; lors de la révolution de 1848, son travail n'était pas encore terminé. Une commission générale instituée le 15 juin 1849 remplaça la première, et en 1850 un projet fut soumis à l'Assemblée. Il fut longuement étudié, donna lieu aux discussions les plus vives et les plus brillantes, et après diverses modifications il allait être définitivement voté en troisième délibération lorsque survint le Coup d'Etat du 2 décembre 1851. Les réformes projetées et presque réalisées n'aboutirent pas. Cependant le 23 mars 1855, la loi sur la transcription est venue donner satisfaction à l'un des *desiderata* les plus légitimes exprimés au cours des études et des discussions du projet de réformes, et combler une des plus graves lacunes du Code civil.

Dans les observations des cours et des facultés, dans

les discussions de 1850, l'examen de l'hypothèque judiciaire a joué un rôle important, car l'article 2123 est, parmi tous les textes du titre des privilèges et hypothèques, un de ceux dont le mérite et l'opportunité ont été le plus contestés. L'hypothèque judiciaire a été attaquée dans son principe lui-même, et beaucoup de bons esprits ont demandé sa suppression qui fut votée par l'Assemblée en 1850. D'autres jurisconsultes ont voulu la maintenir en l'améliorant. Enfin quelques auteurs, désireux de conserver à l'exécution des jugements une garantie qu'ils estiment nécessaire, ont proposé soit de la combiner avec certaines institutions empruntées à des législations étrangères, soit de la remplacer complètement par ces institutions.

Je répartirai mes explications sur ce titre dans les deux chapitres suivants :

1° Examen du principe de l'hypothèque judiciaire, et des modifications dont elle est susceptible ;

2° Institutions qu'on a proposé de substituer à l'hypothèque judiciaire, ou avec lesquelles ou a voulu la combiner.

CHAPITRE I

EXAMEN DU PRINCIPE DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE. MODIFICATIONS DONT ELLE PEUT ÊTRE SUSCEPTIBLE

I. L'hypothèque judiciaire, indépendamment des vices qu'on lui reconnaît généralement et que certaines réformes pourraient atténuer ou faire disparaître complètement, est-elle en elle-même une institution qui puisse se légitimer? Est-il utile, est-il juste d'attacher une garantie sérieuse d'exécution aux décisions des tribunaux, et cette garantie doit-elle consister dans une hypothèque judiciaire accordée au créancier?

Tel est le terrain sur lequel la discussion doit être portée tout d'abord, telle est la question qu'il faut résoudre avant tout.

Pour dissiper toute équivoque, j'indique immédiatement qu'à mon avis l'hypothèque judiciaire ne doit pas disparaître du Code civil. Je crois qu'il est nécessaire d'assurer l'exécution des jugements, et l'hypothèque me paraît être la meilleure garantie qu'on puisse leur attacher. Si je ne méconnais pas les inconvénients qu'elle présente à raison de son organisation actuelle, il me semble qu'il serait aisé de les écarter sans la supprimer complètement.

II. Il y a d'abord un point sur lequel on est généralement d'accord. J'ai montré plus haut (1) combien

(1) Voir *suprà*, pages 242 et s. s.

l'hypothèque judiciaire attachée aux jugements de reconnaissance ou vérification d'écritures est illogique ; j'ai signalé les conséquences regrettables qu'elle présentait sous le Code civil et que la loi du 3 septembre 1807 n'a fait qu'atténuer dans une mesure assez restreinte. Aussi, sur ce point spécial, l'hypothèque judiciaire est définitivement condamnée, et il n'est pas douteux que le jour où les projets de réforme seront repris, elle résultera plus si elle est maintenue en principe, que des véritables jugements emportant condamnation.

III. Nous arrivons maintenant au cœur même du débat. Les inconvénients incontestables que présente l'hypothèque judiciaire, telle qu'elle est comprise par l'article 2123, lui ont suscité de nombreux adversaires pour lesquels ces vices tiennent à l'institution elle-même plutôt qu'à son organisation actuelle, et ne peuvent disparaître qu'avec elle.

Les critiques dirigées contre l'hypothèque judiciaire se ramènent à trois principales. On doit, dit-on, la rayer de notre loi civile parce que les motifs qui avaient amené sa création et son développement ont cessé d'exister et qu'elle ne constitue plus qu'une anomalie sous notre législation, parce qu'elle est injuste dans son principe, et parce qu'elle est funeste dans ses conséquences.

1° La naissance de l'hypothèque judiciaire dans notre ancien droit a été la conséquence logique du principe qui attachait une hypothèque à tous les actes

authentiques. On ne pouvait, en effet, soustraire à l'application de la règle les actes authentiques par excellence, c'est-à-dire les jugements qui offrent par eux-mêmes les garanties les plus sérieuses de sincérité, et sont réputés l'expression absolue de la vérité (1).

Mais lorsque la règle a été modifiée, lorsqu'on a enlevé aux actes notariés l'effet qui leur avait été attribué, pour ne plus leur permettre de contenir que la constitution expresse d'une hypothèque conventionnelle, l'hypothèque judiciaire eût dû disparaître par là-même. C'est donc grâce à un oubli de toutes les circonstances de son développement que les législateurs de 1804 l'ont maintenue dans le Code civil (2). Cet oubli nous est même révélé dans les travaux préparatoires où Treilhard justifie ainsi l'hypothèque judiciaire : « *les jugements ont un caractère qui ne permet « pas de leur attacher moins d'effet qu'à des actes au- « thentiques.* »

Il faut donc réparer cette inconséquence et rétablir, en ce qui concerne les modes de constitution et les causes des hypothèques, l'harmonie que l'article 2123 a compromise.

2° L'hypothèque judiciaire qui ne peut plus s'expliquer par l'application logique et nécessaire d'une idée ancienne aujourd'hui disparue, ne peut pas non plus se justifier en elle-même. Elle est injuste dans son prin-

(1) Voir *suprà*, pages 76 et s. s.

(2) Discours de M. Valette à la séance du 18 décembre 1850 (Mélanges, tome II, pages 554 et s. s. Moniteur officiel du 19 décembre).

cipe et viole quelques-unes des règles fondamentales de notre droit.

Il y a, dit-on, un principe qui domine toute la théorie des obligations. Aux termes de l'article 1134 la convention forme la loi des parties; or en attachant une hypothèque aux jugements on ajoute quelque chose à la convention librement formée.

Une personne a consenti par exemple à prêter de l'argent à une autre en se contentant de la garantie personnelle que présente le débiteur, et en n'exigeant pas de sûreté réelle. C'était là certainement une des causes qui ont déterminé l'emprunteur à contracter ; il ne voulait ou ne pouvait conférer une hypothèque, et il a cru que son créancier renonçait pour ainsi dire à jamais exiger de lui une affectation hypothécaire quelconque destinée à garantir le paiement de la dette. Comment expliquer que plus tard le créancier, en violation des termes de la convention, puisse devenir titulaire d'une hypothèque judiciaire grevant tous les biens présents et à venir d'une personne qui n'a même pas voulu consentir une hypothèque conventionnelle spéciale portant sur un bien déterminé et beaucoup moins nuisible à ses intérêts et à son crédit ?

En outre, cette modification dans la convention imposée au débiteur a eu pour résultat de constituer un droit de préférence dont la nécessité ne se faisait nullement sentir et qui produit, tant à l'égard du débiteur que des autres créanciers, des conséquences désastreuses. Indépendamment de ces conséquences,

sur lesquelles nous aurons à revenir, on ne comprend pas, dit-on, qu'un droit de préférence, qu'un privilège puisse résulter d'un jugement.

Les privilèges (et je prends ici ce mot dans le sens très général de droit de préférence) qui ne dérivent pas d'une convention, doivent avoir leur source dans une disposition légale. Un jugement ne devrait en principe jamais pouvoir leur donner naissance, car sous notre droit les jugements n'ont qu'un effet purement déclaratif.

Le rôle du juge, envisagé à un point de vue général et dans son ensemble, consiste à sanctionner les liens juridiques qui existent déjà entre les parties, mais non pas à en créer de nouveaux ; les jugements assurent l'exécution des obligations en donnant au créancier un titre exécutoire qui lui permettra de saisir et faire vendre les biens de son débiteur en retard pour le paiement, ils ne doivent rien ajouter aux éléments que les parties ont fixés dans le contrat.

3° La troisième classe d'objections adressées à l'hypothèque judiciaire est certainement la plus grave, car je n'aurai pas de peine à démontrer, je crois, que les deux premiers arguments n'ont qu'une faible portée.

L'hypothèque judiciaire, injuste dans son principe, est aussi, dit-on, injuste et même funeste dans ses conséquences. Il suffit pour s'en rendre compte d'examiner quels résultats elle produit, soit vis-à-vis du débiteur qu'elle frappe, soit vis-à-vis des autres créanciers de ce débiteur.

L'hypothèque judiciaire est, nous le savons, absolument générale, elle grève tous les biens présents et à venir du condamné. Non seulement cet effet est contraire aux stipulations intervenues entre les parties, et qui ont formé la base du jugement rendu ; mais encore une conséquence directe de cette règle est la ruine complète du crédit du débiteur contre lequel on a inscrit l'hypothèque.

L'atteinte portée à ce crédit est double.

En premier lieu le droit réel grève les biens immobiliers pour une somme qui est presque toujours hors de proportion avec l'étendue de la garantie, et même pour une somme dont on peut ne pas connaître le chiffre, si l'on admet avec la jurisprudence que l'évaluation des créances indéterminées n'est pas exigée dans l'inscription. Aussi ce droit réel indisponibilise les immeubles du débiteur ; il apporte un obstacle considérable aux transactions, il occasionne des frais considérables et des lenteurs dont la perspective éloigne souvent les acquéreurs. D'un autre côté, si l'on suppose que le débiteur se trouve momentanément gêné dans ses affaires (et c'est là ce qui arrivera presque toujours, puisque précisément le jugement n'est intervenu qu'à la suite de son refus de payer ou de l'impossibilité où il était de s'acquitter), personne ne voudra, en présence de cette hypothèque, lui prêter les fonds nécessaires pour éteindre ses dettes les plus onéreuses et lui permettre de rétablir ses affaires. C'est ainsi que le crédit réel, le crédit foncier du débiteur est à peu près entièrement détruit.

Son crédit personnel est aussi gravement compromis. A raison du privilège que le jugement confère au créancier qui l'obtient, la première sentence devient le signal d'un ensemble de poursuites acharnées ; les créanciers craignant de ne pas être payés s'empressent de prendre des jugements, et précipitent ainsi la ruine de leur débiteur auquel personne ne consentira à avancer les sommes suffisantes pour les désintéresser, car il n'a plus de garanties réelles à offrir et son crédit personnel est également anéanti.

Ce sont principalement les conséquences de l'hypothèque judiciaire vis-à-vis des autres créanciers qui ont servi de thème aux attaques dont elle a été l'objet. Non seulement elle crée en faveur du créancier qui obtient le jugement un droit de préférence absolument injustifiable, mais encore l'étendue de ce droit de préférence fait qu'en réalité le gage de tous est absorbé au profit d'un seul. Ainsi il peut arriver qu'un créancier dont la créance est cependant postérieure et a une cause beaucoup moins favorable, prenne toute la fortune du débiteur au préjudice des autres.

Ce qui est encore plus illogique, c'est que le droit de préférence résulte non pas du jugement, mais de l'inscription de l'hypothèque. Or il suffira qu'une circonstance quelconque vienne retarder par exemple la délivrance de l'expédition du jugement, il suffira du mauvais vouloir d'un officier ministériel pour que le titulaire d'une créance bien antérieure en date, consacrée par un jugement également antérieur, ne puisse

inscrire son hypothèque judiciaire qu'après un autre créancier au profit duquel une sentence n'est intervenue que plus tard. Il est admis généralement que le conservateur des hypothèques peut inscrire en se contentant de l'affirmation du créancier, s'il ne craint pas d'engager ainsi sa responsabilité ; les créanciers ayant obtenu un jugement seront donc à la merci d'un caprice du conservateur qui pourra favoriser à son gré les uns aux dépens des autres.

Le résultat de ces règles a été déjà signalé. Dès que les créanciers soupçonnent que les affaires de leur débiteur commencent à péricliter, ou apprennent que l'un d'eux a intenté une action judiciaire, ils se hâtent tous de poursuivre sans merci et cherchent à se devancer les uns les autres.

On a dit avec raison que l'hypothèque judiciaire est le prix de la course et d'une lutte véritablement scandaleuse entre créanciers que M. Pougeard a décrite en termes saisissants (1). Il en résulte que le débiteur se trouve sous le coup d'une foule de jugements en vertu desquels tous les créanciers inscrivent une hypothèque judiciaire, alors même qu'elle ne devrait pas venir probablement en rang utile. Aussi la procédure d'ordre se trouve-t-elle embarrassée par une suite d'incidents qui la prolongent indéfiniment, occasionnent des frais considérables, et retardent le paiement des qui créanciers doivent être colloqués utilement.

(1) Pougeard. Amélioration du régime hypothécaire, page 31.

En outre lorsque le débiteur est un commerçant tombé en faillite, les créanciers qui n'ont pu inscrire une hypothèque judiciaire dans le temps prescrit, cherchent à obtenir l'annulation de celles de leurs co-créanciers, en faisant reporter aussi loin que possible la date de la cessation des paiements, pour reculer le délai des dix jours précédant l'ouverture de la faillite pendant lesquels on ne peut acquérir d'hypothèque conventionnelle ou judiciaire.

Cette disposition de l'article 446 du Code de commerce démontre elle-même l'injustice de l'hypothèque judiciaire. En cas de faillite on a cru devoir prohiber son inscription pendant la période suspecte, pour empêcher un empressement scandaleux des créanciers et une constitution de droit réels livrée aux hasards de la procédure et aux caprices des officiers ministériels et des conservateurs des hypothèques ; dans l'article 2146 la même mesure a été prise vis-à-vis des successions acceptées sous bénéfice d'inventaire, n'est-ce pas la condamnation évidente de l'hypothèque judiciaire? Si, en effet, la loi a prévu deux hypothèses particulièrement intéressantes, les inconvénients et les résultats de l'hypothèque judiciaire sont exactement les mêmes dans le cas beaucoup plus fréquent où le débiteur n'étant ni un commerçant, ni une succession bénéficiaire, tombe simplement en déconfiture.

Enfin l'hypothèque judiciaire, loin de constituer une garantie pour les jugements, en arrête au contraire l'exécution. Sans doute la première sentence

sera peut-être exécutée, mais lorsque le premier créancier aura ainsi, grâce à son droit de préférence, absorbé tous les biens immeubles du débiteur, les autres jugements deviendront des titres inutiles entre les mains de ceux qui les auront obtenus. Au lieu d'assurer le respect de la chose jugée, on lui enlève toute son efficacité.

IV. C'est ainsi que raisonnent les adversaires de l'hypothèque judiciaire. Le nombre de ceux qui concluent à sa suppression est assez considérable ; des jurisconsultes très autorisés ont pensé que cette institution n'était plus en harmonie avec les principes de notre législation civile et les notions de l'économie politique moderne sur le crédit et la libre circulation des biens. On peut citer entre autres MM. Valette, de Vareilles-Sommières, Laurent, Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie etc..... (1)

Cette théorie faillit triompher en 1850. Lors de la deuxième délibération sur cette partie du projet de réforme hypothécaire, après une discussion remarquable dans les séances des 17 et 18 décembre 1850 (2) où l'hypothèque judiciaire fut attaquée vigoureusement par MM. Charlemagne, Crémieux, Valette et le rapporteur de la commission, l'Assemblée vota la suppression des mots « *ou judiciaire* » dans l'article

(1) Valette : mélanges, tome II, page 553. De Vareilles-Sommières ; pages 238 et s. s. Laurent : tome XXX, page 168. Aubry et Rau : Tome III, § 265, note 2. Baudry-Lacantinerie : Tome III, page 734.

(2) Moniteur officiel des 18 et 19 décembre 1850.

2116, et par conséquent la suppression de l'institution elle-même. Mais à la séance du 20 février 1851, l'Assemblée, tout en persévérant dans son vote de l'année précédente introduisit un système d'oppositions immobilières destiné à remplacer dans une certaine mesure l'hypothèque judiciaire. Les événements politiques qui amenèrent la dissolution de l'Assemblée anéantirent les réformes déjà votées, et l'article 2123 est demeuré tel que les législateurs de 1804 l'avaient élaboré. Mais les adversaires de l'hypothèque judiciaire n'ont pas désarmé, et l'on peut prévoir que le jour où la question se posera de nouveau, les débats n'auront rien perdu de la vivacité qu'ils eurent en 1850.

Quelques législations étrangères ont, on se le rappelle, realisé le vœu des partisans de cette théorie, et l'on prétend que dans ces pays l'expérience n'a fait que confirmer les résultats que l'on attendait de cette réforme (1).

V. Les arguments que présentent les adversaires de l'hypothèque judiciaire offrent tous, à des degrés différents, une gravité incontestable. Je les ai résumés, je crois, sans rien leur ôter de leur portée ; néanmoins j'avoue qu'ils ne m'ont pas convaincu, et que je préfère me ranger parmi les partisans de l'hypothèque judiciaire.

(1) Laurent : Tome XXX, page 168. Voir aussi dans le Bulletin de la Société de législation comparée de 1880, page 310, l'appréciation d'un membre du conseil de gouvernement de Maurice sur les effets de la réforme dans cette île.

Il me semble que la plupart des critiques formulées contre elle ne sont pas fondées et peuvent être écartées directement ; quant à celles qui paraissent les mieux justifiées, on peut démontrer qu'elles s'adressent en réalité, non pas au principe de l'hypothèque judiciaire lui-même, mais à la généralité que la loi lui a conférée.

Si donc on admet, et je suis absolument de cet avis, que l'hypothèque judiciaire pourrait et devrait même être spécialisée, je suis convaincu que les objections sérieuses élevées contre elles, perdent toute leur valeur. Je vais essayer de le prouver en les reprenant successivement.

Dans toute société, avons nous dit dans l'introduction de cette étude, l'ordre social ne peut être maintenu que si une autorité investie d'un pouvoir souverain a le droit d'imposer sa volonté aux personnes qui soutiennent des prétentions opposées relativement à un même objet, en faisant cesser le différend élevé entre elles. Mais les décisions de la justice, qui sont réputées l'expression absolue de la vérité, ne peuvent atteindre ce but si leur exécution n'est pas assurée par des mesures efficaces. En d'autres termes, il est nécessaire que les jugements ne deviennent pas des titres sans valeur entre les mains de ceux qui les ont obtenus, il faut qu'une garantie d'exécution leur soit attachée.

La garantie la plus sérieuse et en même temps la plus simple, celle que des traditions constantes ont

consacrée, est assurément l'hypothèque judiciaire qui n'est autre chose que la mise en pratique de ce vieil adage : « *jura vigilantibus succurrunt.* » Il est de toute justice que les créanciers les plus vigilants voient leurs droits sauvegardés et soient préférés à ceux qui, par incurie ou négligence, ne prennent pas souci de leurs propres affaires.

Ces considérations enlèvent toute valeur au premier argument qu'on nous oppose. On prétend que la naissance de l'hypothèque judiciaire, n'ayant été dans l'ancien droit que la conséquence d'un principe maintenant effacé de nos lois, aurait dû disparaître avec le principe lui-même. Il est certain et j'ai moi-même développé cette idée (1), que l'hypothèque judiciaire a été ainsi amenée ; mais elle s'explique par le motif particulier qu'elle constitue une garantie nécessaire à l'exécution des jugements, et on comprend aisément que le législateur ait continué d'attacher aux décisions judiciaires une faveur qu'il retirait aux actes notariés.

L'hypothèque judiciaire ne viole pas davantage la règle de l'article 1134 en ajoutant, comme on l'a soutenu, un élément nouveau au contrat librement intervenu entre les parties.

En prêtant de l'argent au débiteur sans exiger à ce moment une sûreté réelle, le créancier ne s'engage certainement pas à ne jamais demander une hypothèque. Il se contente actuellement de la garantie

(1) Voir *suprà*, pages 77 et s. s.

personnelle que lui offre l'emprunteur, mais à la condition que la dette sera payée à l'échéance. On peut analyser la convention en ces termes : je vous prête 10.000 francs sans réclamer de vous une hypothèque conventionnelle ou une sûreté réelle quelconque, à la condition que vous me rembourserez à l'échéance. Cette renonciation que je fais au droit d'exiger une hypothèque est purement conditionnelle, et la condition ne se réalisant pas puisque vous ne me remboursez pas, elle est rétroactivement effacée ; mais comme le contrat subsiste en lui-même, j'exerce le droit que je n'avais abandonné que conditionnellement.

Aussi ce n'est pas dans le jugement, mais dans la convention qu'il faut aller rechercher le principe de l'hypothèque judiciaire. Le jugement ne crée aucun droit, il ne fait qu'attacher à l'obligation une garantie qu'elle contient en germe, car on peut dire que le débiteur s'est engagé à laisser transformer l'action que l'on avait contre lui en une action *judicati*, pour le cas où il ne paierait pas la dette au terme indiqué.

Cette explication réfute en même temps l'argument tiré de ce fait que le jugement serait ici créatif d'un droit, et bien plus d'un droit de préférence, contrairement au principe d'après lequel les jugements ne doivent avoir qu'un effet purement déclaratif, et ne peuvent consacrer d'autres droits de préférence que ceux prévus par la loi ou créés par une convention. Ces principes sont sauvegardés, le droit de préférence résulte pour le créancier d'un contrat que le jugement

ne fait que sanctionner en resserrant le lien qu'il contenait en germe.

C'est bien à tort également qu'on invoque l'intérêt du crédit du débiteur. De quoi le débiteur pourrait-il se plaindre ? N'a-t-il pas manqué aux obligations qu'il avait prises ? Comment voudrait-il prétendre maintenir contre le créancier tous les termes d'un contrat qu'il a violé lui-même, le plus souvent par sa faute ? Qu'on ne dise pas que le débiteur est parfois victime d'un concours d'événements malheureux qu'il ne pouvait pas prévoir. Le plus souvent il n'en est pas ainsi, et d'ailleurs ce sont là des considérations dont il est impossible de tenir compte en matière d'obligations. A moins qu'il n'y ait un véritable cas fortuit, l'appréciation de ces circonstances malheureuses soulèverait des questions extrêmement délicates qui entraveraient presque toujours l'exécution des obligations.

Du reste, je crois que l'hypothèque judiciaire est plutôt favorable que nuisible au crédit personnel du débiteur. Le jour où les prêteurs sauront qu'il ne doivent plus compter sur l'hypothèque judiciaire et qu'après le jugement aucune garantie spéciale ne sera plus attachée à leur créance, ils se montreront plus exigeants et refuseront de contracter si une hypothèque conventionnelle ne leur est pas consentie. Lorsque la renonciation à l'hypothèque, faite au moment du contrat, sera définitive et non plus simplement conditionnelle, on se contentera difficilement de la garantie personnelle que peut offrir celui avec lequel on con-

tracte. Cela est vrai surtout en matière commerciale où la suppression de l'hypothèque judiciaire causerait le plus grave préjudice aux commerçants qui ne trouveraient presque jamais des prêteurs, faute de sûretés réelles à offrir, ou seraient obligés d'accepter des conditions très onéreuses. Ainsi que l'a fort bien dit M. Louvet, (1) au moment du prêt le prêteur sera plus exigeant, au moment de l'échéance il sera plus implacable.

Quant au crédit réel du débiteur, quant au crédit foncier en général, il est certain que l'hypothèque lui porte une sérieuse atteinte en entravant la libre disposition et la libre circulation des immeubles. Mais cette objection n'est pas spéciale à l'hypothèque judiciaire, elle se présente avec la même force en ce qui concerne les hypothèques légales, et même les hypothèques conventionnelles dont on n'a jamais proposé sérieusement l'abolition et que la suppression de l'hypothèque judiciaire ne ferait qu'accroître dans une proportion très considérable. En effet, le débiteur sera presque toujours obligé de constituer une hypothèque conventionnelle, soit au moment du contrat, soit au moment de l'échéance pour arrêter les poursuites dont on le menacera ; dans les deux cas la libre disposition des immeubles sera entravée, et en outre les frais assez considérables de constitution de l'hypothèque viendront s'ajouter au montant du principal de la dette. On substituera le prêt hypothécaire obli-

(1) Discours prononcé le 17 décembre 1850.

gatoire au crédit personnel, ou bien si le débiteur ne peut constituer d'hypothèque, les saisies et les expropriations, avec tout leur cortége d'incidents et de formalités longues et coûteuses, se multiplieront de plus en plus. Cette manière de procéder, qui s'imposera aux créanciers soucieux de leurs intérêts le jour où l'hypothèque judiciaire aura disparu, ne sera certainement pas de nature à développer et à favoriser le crédit foncier. Il est incontestable, néanmoins, que l'atteinte portée par l'hypothèque judiciaire au crédit foncier est toujours plus grave que celle résultant d'une hypothèque conventionnelle; mais on ne peut pas tirer de ce fait un argument contre le principe de cette institution. L'objection s'adresse en réalité au caractère général que l'article 2123 lui confère, et si on admet, comme on doit le faire d'après moi, que l'hypothèque judiciaire devrait être spécialisée, elle disparaît complètement.

J'arrive maintenant à l'examen des raisons tirées du préjudice injustifiable, prétend-on, que l'hypothèque judiciaire cause aux autres créanciers. Ce sont évidemment les plus embarrassantes, mais je ne crois pas cependant qu'elles soient de nature à entraîner la suppression complète de l'hypothèque judiciaire.

J'ai déjà démontré que le droit de préférence, créé au profit du créancier qui a obtenu un jugement, peut se justifier aisément, puisqu'il dérive au fond du contrat lui-même; je n'ai donc pas à revenir sur ce point. Mais on ajoute que l'effet de ce privilège étant

subordonné à l'inscription, son efficacité et par suite l'absorption du gage général de tous au profit d'un seul créancier formeront le prix de la course, et dépendront des hasards de la procédure ou du mauvais vouloir des officiers ministériels. Une prime est accordée aux poursuites ; aussi tout le monde poursuit, les assignations pleuvent sur le débiteur, et comme tous ceux qui ont obtenu un jugement veulent inscrire l'hypothèque, les ordres sont entravés et leur règlement se fait attendre souvent pendant des délais extrêmement longs.

Une grande partie de la valeur qu'il faut attribuer à ces arguments s'évanouit lorsqu'on concède qu'il est nécessaire d'appliquer à l'hypothèque judiciaire la règle de la spécialité inaugurée par les lois du droit intermédiaire. De cette façon l'absorption du gage général des créanciers au profit d'un seul n'aura plus lieu, et les autres inconvénients seront également atténués dans une très large mesure.

De plus, s'il est vrai que l'efficacité de l'hypothèque soit le prix de la course, n'est-ce pas là une consécration inévitable du principe « *jura vigilan-* « *tibus, non dormientibus succurrunt.* » Il est juste que les créanciers les plus vigilants soient favorisés, et quoi qu'on en dise, ils devront presque toujours cette faveur à leur activité beaucoup plus qu'aux hasards de la procédure.

D'ailleurs ce résultat se produit nécessairement toutes les fois qu'on assujetit la conservation d'un droit à l'accomplissement de certaines formalités de publicité.

Il en est ainsi notamment pour la transcription que les législateurs de 1850 votaient en même temps qu'ils supprimaient l'hypothèque judiciaire, et pour les hypothèques conventionnelles. Dans ces deux cas, lorsqu'il y a plusieurs ventes ou plusieurs constitutions d'hypothèques relatives au même immeuble, celui qui transcrit ou inscrit le premier peut opposer son contrat aux autres et acquiert vis-à-vis d'eux un droit d'antériorité et de préférence qui est la récompense de son activité, ou si l'on veut, pour employer l'expression de nos adversaires, le prix de la course. En outre la suppression de l'hypothèque judiciaire laisserait encore subsister pour le créancier un intérêt considérable à obtenir le plus rapidement possible un jugement. Celui qui possédera le premier un titre exécutoire aura l'avantage de pouvoir, en l'intimidant par des menaces d'exécution, amener le débiteur à lui consentir des hypothèques conventionnelles, un droit de gage ou une autre sûreté qui remplira le même but qu'une hypothèque judiciaire spéciale, avec cette différence qu'en pareil cas le débiteur devra supporter les frais de constitution de cette garantie que l'hypothèque judiciaire lui aurait épargnés. Comme, d'un autre côté, les créanciers se montreront d'autant plus exigeants et poursuivront avec d'autant plus d'acharnement que leurs droits seront moins sûrement sauvegardés, les assignations continueront à accabler le débiteur, le nombre des jugements rendus contre lui ne fera que s'accroître, et leur

exécution ne soulèvera pas moins de complications qu'auparavant.

Les inconvénients ne seront donc que déplacés par la suppression complète de l'hypothèque judicaire. Sa spécialisation les atténuerait grandement ; pour les faire disparaître il faudrait, en cas d'insolvabilité constatée du débiteur, organiser, comme on l'a proposé, la déconfiture des non-commerçants sur des bases analogues à celles de la faillite, c'est-à-dire instituer une sorte de faillite civile. C'est là une question toute différente que je n'ai pas à examiner ici ; j'en dirai seulement quelques mots en indiquant les institutions que l'on a voulu substituer à l'hypothèque judiciaire ou combiner avec elle.

VI. Je crois donc avoir démontré que la plupart des arguments invoqués contre l'hypothèque judiciaire peuvent être réfutés directement, et que les autres perdent toute leur portée lorsque l'on consent à dépouiller l'hypothèque de son caractère de généralité. Nous devons rechercher maintenant si cette spécialisation de l'hypothèque judiciaire est possible, et sur quelles bases on pourrait l'organiser. Ici les discussions reparaissent.

En premier lieu les adversaires de toute hypothèque judiciaire, et quelques-uns des partisans de cette institution, M. Pont (1) entre autres et lors de l'enquête de 1841 la faculté de droit de Poitiers, (2) ont préten-

(1) Pont. Tome X. sur l'article 2123, n° 591.
(2) Documents hypothécaires, tome III, n° 481.

du que la spécialité était contraire à son essence, incompatible avec sa nature, et qu'il fallait nécessairement l'abroger complètement ou la laisser subsister telle que l'article 2123 l'a organisée.

Les tribunaux, dit-on, seront exposés à tomber dans des erreurs fréquentes s'ils doivent rechercher les immeubles que possède le débiteur, estimer leur valeur et déterminer ceux qui seront affectés à l'hypothèque. En outre, ne pourra-t-il pas arriver qu'au moment où un tribunal fixera ainsi la base de l'hypothèque judiciaire attachée au jugement prononcé par lui, un autre tribunal ne donne la même assiette à une autre hypothèque ?

Ces objections n'ont de valeur que si la spécialité est réglée de telle sorte que l'hypothèque devra porter seulement sur certains biens présents déterminés par les juges. Je les réfuterai en esquissant à grands traits ce système de spécialisation que je crois, d'ailleurs, le plus pratique et le plus compatible avec les interêts du débiteur et de ses créanciers.

Plusieurs façons d'arriver à la spécialisation de l'hypothèque judiciaire ont été indiquées.

1° La loi du 11 brumaire an VII restreignait les effets de l'hypothèque judiciaire aux biens présents du débiteur. On écartait donc simplement les biens à venir, car une seule inscription prise dans l'arrondissement suffisait pour atteindre tous les biens présents situés dans cet arrondissement.

C'était déjà un progrès certain mais bien insuffisant et ne remédiant que dans une mesure très restreinte aux inconvénients signalés plus haut.

2° Lors de l'enquête de 1841, la Faculté de Paris proposa (1) que l'hypothèque judiciaire continuât à porter en principe sur tous les immeubles du débiteur, mais elle exigeait une inscription spéciale sur chacun d'eux. Cette théorie adoptée depuis dans ses grandes lignes par le Code civil italien ne constituerait qu'une demi-mesure. La généralité de l'hypothèque subsisterait en réalité puisque le créancier pourrait encore grever tous les immeubles du débiteur ; on le forcerait simplement à multiplier les frais d'inscription et à se livrer à des recherches plus minutieuses des biens susceptibles d'hypothèque. Mais il est certain que ces frais et ces difficultés n'arrêteraient guère les créanciers désireux de s'assurer une garantie aussi étendue que possible de l'exécution du jugement.

Il est vrai que la Faculté de Paris permettait aux juges, en prononçant le jugement de condamnation, de restreindre immédiatement l'hypothèque judiciaire à certains immeubles suffisants pour la sûreté du créancier. Pourquoi faire de ce droit une simple faculté, et ne pas l'ériger en règle générale, comme nous le proposons ?

3° La Faculté de Strasbourg (2) et la Cour de Col-

(1) Valette. Mélanges, tome II, page 249.
(2) Doc. hypo., tome III, n° 483.

mar (1) demandèrent que l'hypothèque grevât simplement les biens présents et non les biens à venir. La faculté de droit de Strasbourg exigeait de plus une inscription spéciale sur chaque immeuble, prétendant ainsi en revenir au système de la loi du 11 brumaire an VII ; c'était une erreur, car d'après l'article 17 de cette loi, une seule inscription frappait tous les biens présents situés dans l'arrondissement.

Cette théorie a beaucoup d'analogie avec la précédente; elle est sujette aux mêmes critiques, et, comme elle, me paraît tout à fait insuffisante.

4° M. Wolowski émit au sein de la commision instituée à la suite de l'enquête de 1841, une idée qu'il développa plus tard dans un article de la Revue de législation et dans son discours à la séance du 18 décembre 1850 (2).

D'après lui, le titre de l'hypothèque, tout en restant général, se réaliserait par des inscriptions spéciales. Le créancier choisirait les immeubles sur lesquels il voudrait asseoir son gage, et répartirait sa créance comme il l'entendrait. Il pourrait prendre inscription sur tous les immeubles à condition de diviser sa créance en autant de fractions dont l'importance et le nombre resteraient abandonnés à sa libre appréciation.

Ce système aurait l'avantage incontestable de

(1) Doc. hypo., tome III, n° 471.

(2) Revue de législation ; 1850, page 524 et s. s. Moniteur du 19 décembre 1850.

permettre aux créanciers postérieurs de recevoir un gage certain, et de leur donner par conséquent une sécurité plus grande. Mais d'autre part, il laisserait subsister la généralité de l'hypothèque en conservant au créancier la faculté de faire porter son droit sur tous les immeubles, et multiplierait inutilement les frais d'inscription. Enfin il porterait atteinte au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, puisque chaque immeuble ne garantirait qu'une partie de la dette.

5° Je crois qu'il faut pousser aussi loin que possible l'assimilation entre l'hypothèque judiciaire et les hypothèques conventionnelles, et essayer de mesurer l'étendue de la garantie au montant de la créance. Pour atteindre ce résultat les tribunaux, le chiffre de la créance une fois arrêté, désigneront, sur la demande du créancier, les immeubles grevés de l'hypothèque. L'inscription ne pourra être prise que sur ces immeubles qui seront affectés dans leur intégralité à la garantie de la totalité de la créance, de façon à sauvegarder le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. De cette manière les intérêts des autres créanciers et des tiers ne seront pas sacrifiés ; ils connaîtront exactement les charges qui peuvent peser sur la propriété foncière du débiteur et ceux de ses immeubles demeurés libres de toute affectation.

On objecte que la détermination des immeubles et de leur valeur compliquera les instances et sera la source de nouvelles difficultés entre les parties. Ce

danger n'est pas à craindre. On ne demandera pas évidemment aux juges de fixer avec une exactitude rigoureuse la valeur des immeubles, on se contentera d'une estimation approximatixe que fourniront les baux enregistrés, les rôles des contributions et au besoin une expertise très rapide, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure longue et minutueuse. Du reste le créancier ne cherchera pas à retarder le moment où il lui sera possible de prendre inscription ; d'autre part le débiteur n'aura aucun intérêt à provoquer des frais qui resteraient en fin de compte à sa charge.

Quant aux difficultés que peut présenter pour le créancier la recherche des immeubles, on les exagère beaucoup. Depuis la loi de 1855 elles sont considérablement atténuées, et d'ailleurs, même avec le système actuel, le créancier est obligé de rechercher dans quels arrondissements le débiteur possède des biens susceptibles d'hypothèque. Cette découverte faite il est facile, en consultant le registre des transcriptions, de connaître individuellement les immeubles appartenant au débiteur dans l'arrondissement. La plupart du temps la propriété d'un immeuble est un fait notoire.

Il peut aussi arriver, ajoute-t-on, qu'au moment où un tribunal affecte certains biens à la garantie d'une créance consacrée par jugement, un autre tribunal désigne précisément en même temps les mêmes immeubles. C'est là, il me semble, une hypothèse bien invraisemblable, et en admettant qu'elle puisse se réaliser, le remède est aisé à découvrir ; le créancier qui

se trouverait primé par l'hypothèque inscrite avant la sienne, pourrait demander au tribunal de faire une désignation nouvelle d'immeubles ou de compléter la première. Cet inconvénient n'est qu'une conséquence logique du principe de la publicité, et se présente aussi, nous l'avons vu, en matière de transcription et d'inscription des hypothèques conventionnelles.

L'article 34 de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, a fait dans une certaine mesure une application de cette théorie, en permettant aux juges de créer jusqu'à concurrence d'une somme déterminée une hypothèque générale ou spéciale sur les biens de l'administrateur provisoire nommé à une personne placée dans un établissement d'aliénés. L'exercice de cette faculté, dans le cas où le tribunal opte pour une hypothèque spéciale, ne paraît avoir donné que de bons résultats.

Enfin pour compléter l'indication des régles que l'on devrait, d'après moi, appliquer à l'hypothèque judiciaire, je rappelle qu'il faudrait la refuser aux jugements de reconnaissance et vérification d'écriture et à tous les actes judiciaires quels qu'ils soient, et ne la faire résulter que des sentences portant condamnation dans le sens strict du mot.

VII. Après avoir examiné les raisons données pour ou contre l'hypothèque judiciaire, je conclus donc à son maintien, pourvu qu'elle soit soumise au principe de la spécialité, dans les termes que j'ai indiqués. Ses partisans sont nombreux, et si des questions de détail

les divisent quelquefois, tous sont d'accord sur les points essentiels (1).

En 1841 aucune des huit Cours d'appel et des sept Facultés de droit qui s'occupèrent de l'hypothèque judiciaire ne réclamèrent sa suppression. La première commission instituée en 1845 demandait son maintien ; celle de 1849 était d'un avis contraire, il est vrai, enfin la commission de la Chambre, tout en se prononçant en majorité pour la suppression, était en réalité divisée en deux opinions de force à peu près égale. Aux séances des 17 et 18 décembre 1850 (2), l'hypothèque judiciaire fut fort bien défendue par MM. Louvet, Riché, Wolowski et Demante. Les conclusions de la commission furent cependant votées ; mais en présence des réclamations nombreuses élevées par la Chambre des avoués de Paris, certains tribunaux et certaines Chambres de commerce, l'Assemblée adopta le 20 février 1851 un système d'oppositions destiné à remplacer jusqu'à un certain point l'hypothèque judiciaire. Il est permis de penser que si le projet de réforme avait pu aboutir, l'Assemblée serait revenue en troisième délibération sur le vote du 18 décembre 1850.

En outre, des discussions très vives se produisirent sur le point de savoir s'il ne fallait pas continuer à attacher l'hypothèque à la garantie des créances résultant de condamnations prononcées pour délits,

(1) Pont. Tome X, nos 569 et 570. — Colmet de Santerre. Tome IX, sur l'article 2123. — Troplong. Loc. cit., etc.

(2) *Moniteur* des 18 et 19 décembre 1850.

quasi-délits et pensions alimentaires. L'amendement qui formulait cette proposition fut retiré après un discours de M. Valette (1), mais son auteur se réserva de le reproduire lors de la troisième délibération qui ne put avoir lieu.

En Belgique la loi du 16 décembre 1851 a complètement aboli l'hypothèque judiciaire sans rien mettre à la place. Mais il paraît que quelques-uns de ceux qui l'avaient condamnée ont éprouvé des doutes sur le mérite de cette abrogation; d'autres ne l'avaient votée qu'en vue de substituer à l'hypothèque le système des oppositions immobilières (2).

On sait d'ailleurs que la plupart des législations étrangères, même et surtout celles qui ont modifié récemment leur régime hypothécaire, ont conservé l'hypothèque judiciaire en la spécialisant dans une mesure plus ou moins large.

---

(1) Valette. Mélanges, tome II, page 567.
(2) Martou : n° 698.

CHAPITRE II

INSTITUTIONS QU'ON A PROPOSÉ DE SUBSTITUER A L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE OU DE COMBINER AVEC ELLE

L'examen quelque peu approfondi de ces institutions m'entraînerait beaucoup trop loin et sortirait du cadre que je me suis imposé. Elles n'ont en effet que des points de ressemblance assez peu nombreux avec l'hypothèque judiciaire, et leur discussion aurait sa place dans une étude détaillée des modifications que pourraient recevoir notre régime hypothécaire tout entier et les dispositions de notre législation relatives à l'exécution des jugements et à la conservation des droits des créanciers.

Aussi je dirai quelques mots seulement des oppositions immobilières, des prénotations et de la faillite civile.

I

DES OPPOSITIONS IMMOBILIÈRES

Le 20 février 1851 (1), après une vive discussion à laquelle prirent part MM. Arbey, Sainte-Beuve, Valette, Maréchal, Renouard et Rouher, l'Assemblée adopta un système d'oppositions immobilières, destiné à remplacer l'hypothèque judiciaire dont la suppression absolue avait paru trop radicale.

(1) *Moniteur* du 21 février 1851.

Il était consacré par les articles 2161 et suivants. Voici, dans ses grandes lignes, comment il était organisé :

Tout créancier porteur d'une obligation notariée dont le montant est liquide ou exigible, ou d'un jugement portant condamnation à une somme liquide ou provisoirement évaluée par le tribunal, peut frapper tous les immeubles présents et à venir de son débiteur d'une opposition qui empêchera leur aliénation ou leur affectation hypothécaire au préjudice de l'opposant. L'opposition s'établit par une inscription prise au bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement où le débiteur possède des immeubles ; l'inscription doit être renouvelée nécessairement tous les trois ans.

L'opposition ne confère au créancier opposant qu'un droit de suite, il n'a aucun droit de préférence, et au point de vue de la répartition du prix de l'immeuble il est traité comme un simple créancier chirographaire. Ainsi par exemple si l'on suppose que le débiteur a un créancier opposant, un créancier hypothécaire postérieur et enfin des créanciers chirographaires, le prix de l'immeuble sera partagé comme il suit : vis-à-vis du créancier opposant tous seront considérés comme des créanciers chirographaires, puis à l'égard des créanciers chirographaires le créancier hypothécaire reprendra l'exercice des droits attachés à sa créance.

Le seul avantage de ce système est la suppression du droit de préférence, si toutefois on estime, contrai-

rement à mon opinion, que le droit de préférence résultant d'un jugement et contenu en germe dans le contrat lui-même, ne peut pas se justifier.

D'autre part, le système des oppositions laisse subsister la généralité du droit réel conféré au créancier. En outre, le concours des créanciers opposants avec des créanciers hypothécaires ayant pris inscription à des dates différentes et des créanciers chirographaires, compliquerait les ordres beaucoup plus qu'ils ne le sont actuellement, entraînerait des calculs très délicats, et soulèverait une foule de difficultés dont il est aisé de se rendre compte, et que les partisans de cette théorie sont eux-mêmes obligés de constater.

En 1851 le gouvernement belge proposa vainement l'introduction dans la nouvelle loi hypothécaire d'un système d'oppositions encore plus défectueux que celui de la commission française.

II

DES PRÉNOTATIONS

En 1841 la Cour de Nîmes et la Faculté de droit de Dijon (1) demandèrent l'adoption de cette institution.

Ses conditions et ses effets varient suivant les législations qui l'ont admise, c'est-à-dire en Allemagne, en Grèce, en Espagne, dans certaines provinces des Etats-Unis et quelques cantons de la Suisse. Mais d'une façon générale, on peut dire que la prénotation consiste

(1) Doc. hypo., tome III, nos 475 et 478.

dans une inscription provisoire et conditionnelle, destinée à permettre à celui qui n'a qu'un droit éventuel d'en assurer la conservation pour le cas où il viendrait à se réaliser. Ces prénotations, on l'a dit fort justement, constituent la publicité des prétentions et des espérances. Elles se transforment, lorsque le droit devient certain, en inscriptions définitives auxquelles elles confèrent leur date par un effet rétroactif. Vis-à-vis du créancier qui est sur le point de commencer une instance, la prénotation aura pour résultat de lui permettre d'inscrire par avance et conditionnellement l'hypothèque judiciaire qui sera attachée au jugement à intervenir.

L'article 958 a fait une application de cette théorie dans la matière de la révocation des donations pour ingratitude.

Je ne suis pas partisan de l'introduction des prénotations dans nos lois. On prétend rétablir ainsi l'égalité entre les créanciers, et éviter l'acharnement qu'ils mettent à poursuivre leur débiteur et à inscrire l'hypothèque judiciaire afin de s'assurer un droit de préférence. Mais l'inconvénient ne serait évidemment que déplacé, car s'il est vrai que les créanciers ne chercheraient plus à obtenir le plus rapidement possible un jugement, ils s'empresseraient d'introduire l'instance ou de remplir les formalités nécessaires à l'inscription des prénotations.

En outre la prénotation, conférant au créancier un droit réel général, ne serait autre chose qu'une exten-

sion de l'hypothèque judiciaire dont la spécialisation et la restriction s'imposent énergiquement d'après nous. Quant aux aliénations frauduleuses que peuvent consentir les débiteurs pendant l'instance, elles ne sont guère à redouter et l'action paulienne suffit à les réprimer, car en pareil cas la preuve de la mauvaise foi est presque toujours assez facile.

III

DE LA FAILLITE CIVILE

En 1849, M. Valette dans un article sur l'hypothèque judiciaire (1), indiquait en quelques mots que d'après lui cette institution devrait être remplacée par une organisation de la déconfiture sur des bases à peu près analogues à celles de la faillite. Sans aller aussi loin, je crois que l'établissement d'une sorte de faillite civile et sa combinaison avec l'hypothèque judiciaire pourraient amener de bons résultats.

Cette idée a fait des progrès incontestables. Plusieurs législations ont admis la faillite des non-commerçants comme celle des commerçants, à part quelques nuances de détail (2). A différentes reprises, en 1848 et 1871 notamment, des projets de loi ont été déposés devant les chambres françaises, dans le but

(1) Revue de droit français et étranger: 1849, tome VI, pages 912 et s. s. Mélanges: Tome I, page 366.

(2) Voir notamment: Autriche, loi du 25 décembre 1868. Angleterre, loi du 9 août 1869. Allemagne, loi du 10 février 1877 qui assimile complètement la faillite des non-commerçants à celle des commerçants.

d'appliquer à la déconfiture quelques-unes des dispositions de la faillite.

Récemment M. René Garraud, comme conclusion d'une remarquable étude sur « *la déconfiture et les* « *améliorations dont la législation sur cette matière est* « *susceptible* » (1) a proposé une organisation de la déconfiture qui pourrait avoir d'heureuses conséquences.

M. Garraud donne pour bases à la déconfiture comme à la faillite *l'organisation collective de la procédure* et le *système des nullités* (2).

1° Organisation collective de la procédure et effets de la déconfiture.

La déconfiture est ouverte par l'insolvabilité du débiteur que le tribunal constate judiciairement. A partir du jugement déclaratif, qui nomme un juge-commissaire et un syndic et auquel on donne une certaine publicité, les poursuites individuelles sont suspendues, les intérêts cessent de courir, le débiteur est dessaisi de l'administration de ses biens qui est attribuée au syndic.

Le personnel de la déconfiture ainsi organisé, un délai très court est accordé aux créanciers pour s'inscrire au greffe ; après ce délai le juge-commissaire et le syndic président à la vérification des créances, et les contestations sont tranchées par le tribunal statuant comme en matière sommaire.

(1) Revue pratique de droit français. Tome XLVI, pages 266 et s. s. Tome XLVII, pages 318 et s. s.

(2) Revue, tome XLVII, pages 367 et s. s.

En ce qui concerne la réalisation des biens et le paiement des créanciers, M. Garraud applique purement et simplement les articles 565 à 574 du Code de commerce.

Enfin le syndic adresse au Procureur de la République, après la clôture des opérations, un rapport sur les causes de la déconfiture. Suivant que celle-ci est *malheureuse*, *imprudente* ou *frauduleuse*, le *déconfit* sera privé de ses droits électoraux et du droit d'être juré, frappé de dégradation civique, ou puni des peines de la banqueroute.

2° Système des nullités.

M. Garraud annule les actes passés après la déclaration de déconfiture. Mais après quelques hésitations, il écarte en cette matière l'application des nullités édictées par les articles 446 et suivants du Code de commerce. Il maintient donc les actes passés depuis l'époque à laquelle le tribunal pourrait faire remonter l'insolvabilité notoire du débiteur; il se borne à modifier sur un point le système général de l'action paulienne en présumant l'intention frauduleuse chez le débiteur qui ferait, en état d'insolvabilité, une donation ou une renonciation gratuite à un droit (1).

Cette restriction me paraît de nature à faire disparaître une grande partie des avantages qui résulteraient de la combinaison de la faillite civile avec l'hypothèque judiciaire. Elle laisse subsister en effet

(1) Revue, tome XLVII, page 362.

l'inconvénient incontestable qui s'attache à l'hypothèque judiciaire lorsque le débiteur tombe en déconfiture. Je crois qu'en présence d'un désastre commun et à partir du moment où le débiteur devient insolvable, tous les créanciers doivent être mis sur un pied d'égalité parfaite.

Enfin, contrairement à l'opinion de M. Garraud (1), je ne serais pas d'avis d'étendre de plein droit aux successions vacantes, ni surtout aux successions acceptées sous bénéfice d'inventaire, les règles de la faillite civile. Cette présomption d'insolvabilité me semble trop hasardée et j'exigerais, comme en droit commun, une déclaration du tribunal provoquée par les créanciers, l'héritier ou le curateur de la succession.

---

(1) Revue, tome XLVII, page 373.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I

L'action d'injures peut faire l'objet d'une cession.

II

La cession d'actions ne peut être exigée par le *correus promittendi* qui n'est point dans des liens de société avec les autres *correi*.

III

La défense faite au mari d'hypothéquer l'immeuble dotal n'a pas été édictée par la loi *Julia*.

IV

L'erreur de droit ne peut servir de fondement à la *condictio indebiti*

DROIT CIVIL

I

L'action que l'article 1079 § 2, permet de diriger

contre le partage d'ascendant, est une véritable action en rescision.

II

L'ouvrier blessé que son patron avait assuré à une compagnie d'assurances contre les accidents, au moyen d'une retenue mensuelle sur ses salaires, a une action directe contre la compagnie.

III

Le tuteur d'un mari interdit judiciairement peut intenter en son nom l'action en désaveu.

IV

La solidarité légale est toujours parfaite.

DROIT COMMERCIAL

L'hypothèque garantissant une créance constatée par lettre de change, passe comme la créance elle-même aux endossataires successifs.

DROIT CONSTITUTIONNEL

Le Sénat ne peut ajouter au budget des crédits, ni rétablir ceux que la Chambre des députés a rejetés.

DROIT ADMINISTRATIF

Le préfet ne peut pas prendre un arrêté de police au refus du maire

---

DROIT CRIMINEL

Le propriétaire qui passe sur les terres affermées par lui lorsqu'elles sont préparées ou ensemencées, ne commet pas la contravention prévue par l'article 471 n° 13 du Code pénal.

Vu par le Président de la Thèse :
J. LAISNÉ-DESHAYES.

Vu par le Doyen :
C. DEMOLOMBE

Permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie,
E. ZÉVORT.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

PIGNUS IN CAUSA JUDICATI CAPTUM

Pages

INTRODUCTION 5
CHAPITRE Ier. — De la saisie des biens. 9
SECTION I. — Origine et nature du *Pignus* . . 9
SECTION II. — Formalités de la saisie. — Sur quels biens elle porte. 13
§ I. — Formalités de la saisie. . . . 13
§ II. — Quels biens peuvent être saisis. 16
§ III. — Biens insaisissables. 22
§ IV. — Incidents de la saisie. 23
SECTION III. — Effets de la saisie. 35
CHAPITRE II. — Réalisation de l'objet saisi. 40
SECTION I. — Vente de l'objet saisi. 40
§ I. — Formalités de la vente. 40
§ II. — Effets de la vente. 44
SECTION II. — Attribution de la chose au créancier. 53
§ I. — Nature du droit accordé au créancier 53
§ II. — Effets de l'*addictio*. 60

DROIT FRANÇAIS

DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

INTRODUCTION 63
PREMIÈRE PARTIE. — Ancien droit français. . . . 68

Pages

Première période. — De l'introduction du droit romain en France à 1510 72
Deuxième période. — Dé 1510 à l'ordonnance de Moulins de 1566 76
Troisième période. — De 1566 au droit intermédiaire. 80
§ I. — Caractère de l'hypothèque judiciaire. — De quelles condamnations elle garantit l'exécution. — Quelle est sa date ? . . 82
§ II. — De quels jugements résulte l'hypothèque judiciaire 89
Quatrième période. — Droit intermédiaire. 94

DEUXIÈME PARTIE. — Code civil. 97
PRÉLIMINAIRES 97

TITRE Ier. — Sources de l'hypothèque judiciaire. 101
CHAPITRE Ier. — Première source de l'hypothèque judiciaire. — Des jugements. 103
SECTION I. — Décisions émanant des juridictions de l'ordre judiciaire. . . 105
SECTION II. — Décisions émanant des juridictions de l'ordre administratif. 151
§ I. — Jugements proprements dits . . 152
§ II. — Contraintes administratives. . . 158
SECTION III. — Décisions émanant des juridictions étrangères 171
§ I. — Quel est le rôle assigné aux tribunaux français. 173
§ II. — Quels jugements étrangers sont régis par l'article 2123, et quel tribunal français est compétent pour les déclarer exécutoires ? 208
§ III. — Dérogations apportées par des lois politiques ou des conventions diplomatiques à la règle générale de l'article 2123 218
SECTION IV. — Sentences arbitrales 229
§ I. — Sentences arbitrales rendues en France 230

Pages

§ II. — Sentences arbitrales rendues à l'étranger 233
CHAPITRE II. — Deuxième source de l'hypothèque judiciaire. Des actes judiciaires. 237
§ I. — Quel est l'objet des demandes en reconnaissance ou vérification d'écritures ?. 240
§ II. — Comment l'hypothèque résulte des reconnaissances ou vérifications d'écritures 242
TITRE II. — Effets de l'hypothèque judiciaire 254
CHAPITRE Ier.— Quelles créances garantit l'hypothèque judiciaire? 255
CHAPITRE II.— Sur quels biens porte l'hypothèque judiciaire ? 258
CHAPITRE III. — Au profit de qui et contre qui existe l'hypothèque judiciaire ? 299
TITRE III. — Inscription et rang de l'hypothèque judiciaire. Réduction. 306
CHAPITRE Ier.— Inscription et rang de l'hypothèque judiciaire. 307
Section I. — Formalités de l'inscription . . . 308
Section II. — Effets de l'inscription. Rang de l'hypothèque judiciaire 326
§ I. — A quel moment précis l'hypothèque judiciaire prend-elle rang? . 326
§ II. — A partir de quel moment peut-on inscrire l'hypothèque judiciaire. . . 336
§ III. — Jusqu'à quel moment l'hypothèque judiciaire peut-elle être inscrite ? 341
CHAPITRE II. — Réduction de l'hypothèque judiciaire . . . 349

TROISIÈME PARTIE. — Législations étrangères. — Examen critique de l'hypothèque judiciaire. . . . 360

TITRE Ier. — Législations étrangères 361
Allemagne 361
Angleterre 365
Autriche-Hongrie 369
Belgique 372

Pages

Brésil 375
Danemark 377
Egypte 378
Espagne 379
Etats-Unis 383
Grèce 384
Italie. 385
Maurice 392
Mexique 392
Monaco 393
Pays-Bas. 394
Pérou. 395
Portugal 396
Roumanie 398
Russie. 400
Serbie. 403
Suède 404
Suisse. 407

Résumé. 411
§ I. — Hypothèque judiciaire. 411
§ II. — Exécution des jugements étrangers 412

TITRE II. — Examen critique de l'hypothèque judiciaire. . 416
CHAPITRE I. —Examen du principe de l'hypothèque judiciaire. — Modifications dont elle peut être susceptible. 419
CHAPITRE II. — Institutions qu'on a proposé de substituer à l'hypothèque judiciaire ou de combiner avec elle. 447
I. — Des oppositions immobilières. . . 447
II. — Des prénotations 449
III. — De la faillite civile. 451
Positions. 455

Caen. — Imp. E. ADELINE, rue Froide, 16